



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MANUELA VIDAL E SILVA OLIVEIRA SANTOS**

**CONTRADITÓRIO MATERIAL, MODELO COOPERATIVO E DEMOCRACIA:  
A ATUAÇÃO DAS PARTES NO FUNCIONAMENTO DEMOCRÁTICO DO  
PROCESSO CIVIL**

**FORTALEZA**

**2021**

MANUELA VIDAL E SILVA OLIVEIRA SANTOS

CONTRADITÓRIO MATERIAL, MODELO COOPERATIVO E DEMOCRACIA:  
A ATUAÇÃO DAS PARTES NO FUNCIONAMENTO DEMOCRÁTICO DO  
PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito. Área de concentração: Constituição, sociedade e pensamento jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

S236c Santos, Manuela Vidal e Silva Oliveira.

Contraditório material, modelo cooperativo e democracia : a atuação das partes no funcionamento democrático do processo civil / Manuela Vidal e Silva Oliveira Santos. – 2021.  
148 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana.

1. Direito processual civil. 2. Princípio do contraditório formal e material. 3. Processo cooperativo. 4. Democracia deliberativa. I. Título.

CDD 340

---



MANUELA VIDAL E SILVA OLIVEIRA SANTOS

CONTRADITÓRIO MATERIAL, MODELO COOPERATIVO E DEMOCRACIA:  
A ATUAÇÃO DAS PARTES NO FUNCIONAMENTO DEMOCRÁTICO DO  
PROCESSO CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Direito. Área de concentração: Constituição, sociedade e pensamento jurídico.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior  
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

A nós dois, que chegamos aqui juntos.

## **AGRADECIMENTOS**

Todo agradecimento em minha vida passa pelos meus pais, a quem eu devo tudo. Pai, suas conquistas são gigantes e eu tenho muito orgulho de ser sua filha. Mãe, a nossa família não existiria sem a sua dedicação, amor e entrega. Amo vocês! Obrigada por tudo!

Existem, ainda, outras pessoas muito especiais que representam uma ou mais dessas páginas aqui escritas por mim. Elas sabem quem são e estão cientes de todo o meu carinho, reconhecimento e gratidão.

Sou bastante grata, também, como não poderia deixar de ser, àqueles cuja trajetória profissional eu sempre admirei e que me honraram com comentários, sugestões e críticas a este trabalho, meu orientador Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana e os demais membros integrantes da banca examinadora, Prof.<sup>a</sup> Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado e Prof. Dr. Antonio Jorge Pereira Júnior.

Agradeço, ainda, a Deus, por permitir que o meu caminho cruzasse com pessoas tão incríveis ao longo dessa jornada.

“As leis podem ser magníficas, mas seus efeitos serão sempre ilusórios se contrariam o interesse da maioria que detém o poder.”

(Frederico Leopoldo César Burlamaque)

## RESUMO

A tutela jurisdicional, diante do reconhecimento da força normativa da Constituição, frente às alterações da hermenêutica jurídica, trata, hoje, do direito ao processo justo, pautado por normas fundamentais processuais, dentre as quais destaca-se o princípio do contraditório, compreendido, atualmente, como o direito de influência e a vedação de decisão surpresa. A dimensão material do contraditório exige um modelo cooperativo de processo, que estimule o diálogo e a participação, evidenciando a democracia deliberativa processual. Diante das críticas feitas à deliberação no espaço político, questiona-se de que maneira isso afeta o espaço jurídico e o funcionamento democrático do processo civil.

**Palavras-chave:** Direito processual civil. Princípio do contraditório formal e material. Processo cooperativo. Democracia deliberativa.

## ABSTRACT

The jurisdictional protection, in the face of the recognition of Constitution normative force before legal hermeneutics alteration, deals, today, with the right to a fair process, conducted by procedural fundamental rules, among which stands out the adversarial principle, understood, currently, as the right to influence and the prohibition of surprise decision. The material dimension of the contradictory requires a cooperative model of process, which stimulates dialogue and participation, highlighting the procedural deliberative democracy. Given the criticism made to deliberation in the political space, the question is how does this affect the legal space and the democratic functioning of civil procedure.

**Keywords:** Civil procedural law. Principle of formal and material adversary. Cooperative process. Deliberative democracy.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CC – Código Civil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJCE – Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2</b>	<b>A CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> .....	17
<b>2.1</b>	<b>A constitucionalização do processo civil</b> .....	17
<i>2.1.1</i>	<i>A Constituição brasileira de 1988 e as constituições modernas</i> .....	18
<i>2.1.2</i>	<i>A Constituição brasileira e o processo de redemocratização</i> .....	19
<i>2.1.3</i>	<i>A crise de efetividade constitucional e o protagonismo do Judiciário</i> .....	20
<i>2.1.4</i>	<i>O positivismo e o pós-positivismo jurídico</i> .....	22
<i>2.1.5</i>	<i>A supremacia da Constituição e a constitucionalização do Direito</i> .....	23
<i>2.1.6</i>	<i>O direito ao processo justo</i> .....	28
<b>2.2</b>	<b>As normas fundamentais do processo civil brasileiro</b> .....	29
<i>2.2.1</i>	<i>As dimensões dos direitos fundamentais</i> .....	30
<i>2.2.2</i>	<i>Os direitos fundamentais processuais dispostos no CPC</i> .....	31
<i>2.2.3</i>	<i>O princípio da (ou dever de) cooperação</i> .....	32
<i>2.2.4</i>	<i>O direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva</i> .....	33
<i>2.2.5</i>	<i>O princípio da igualdade</i> .....	34
<i>2.2.6</i>	<i>O princípio do contraditório</i> .....	35
<i>2.2.7</i>	<i>O direito à prova</i> .....	36
<i>2.2.8</i>	<i>O direito à publicidade e à fundamentação</i> .....	38
<i>2.2.8.1</i>	<i>Quando uma decisão é considerada não fundamentada</i> .....	39
<i>2.2.8.2</i>	<i>Processos sob sigilo de justiça</i> .....	41
<i>2.2.9</i>	<i>O princípio da razoável duração do processo</i> .....	42
<i>2.2.10</i>	<i>O direito à assistência jurídica integral</i> .....	43
<i>2.2.11</i>	<i>O princípio da segurança jurídica</i> .....	44
<b>2.3</b>	<b>O princípio do contraditório e o seu papel democrático</b> .....	46
<i>2.3.1</i>	<i>A aplicação do contraditório às decisões judiciais, administrativas, negociais e arbitrais</i> .....	46
<i>2.3.2</i>	<i>O processo como instrumento de realização dos direitos materiais</i> .....	47
<i>2.3.3</i>	<i>A decisão judicial como meio legítimo de restringir a liberdade</i> .....	48
<i>2.3.4</i>	<i>A importância do juiz diretor e do princípio do contraditório</i> .....	48
<i>2.3.5</i>	<i>As quatro fases do processo civil</i> .....	53
<i>2.3.6</i>	<i>O neoprocessualismo ou formalismo-valorativo</i> .....	53
<i>2.3.7</i>	<i>As normas fundamentais processuais como limitação da autoridade</i> .....	54

<b>3</b>	<b>O CONTRADITÓRIO MATERIAL E O PROCESSO COOPERATIVO.....</b>	<b>57</b>
<b>3.1</b>	<b>Contraditório formal, material e ampla defesa .....</b>	<b>57</b>
<b>3.1.1</b>	<i>O princípio do contraditório nas Constituições brasileiras.....</i>	<i>58</i>
<b>3.1.2</b>	<i>Contraditório formal e material .....</i>	<i>59</i>
<b>3.1.3</b>	<i>Ampla defesa .....</i>	<i>61</i>
<b>3.1.4</b>	<i>O juiz como sujeito do contraditório .....</i>	<i>63</i>
<b>3.2</b>	<b>Desmembrando o contraditório material: o direito de influência das partes e a vedação de decisão surpresa .....</b>	<b>64</b>
<b>3.2.1</b>	<i>O direito de influência .....</i>	<i>64</i>
<b>3.2.2</b>	<i>A vedação de decisão surpresa .....</i>	<i>70</i>
<b>3.3</b>	<b>A cooperação como pressuposto do processo justo .....</b>	<b>73</b>
<b>3.3.1</b>	<i>Os deveres impostos pelo princípio da cooperação.....</i>	<i>74</i>
<b>3.3.2</b>	<i>A cooperação e os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório .....</i>	<i>76</i>
<b>3.3.3</b>	<i>Os modelos inquisitivo, dispositivo e cooperativo .....</i>	<i>79</i>
<b>4</b>	<b>A ATUAÇÃO DAS PARTES E O FUNCIONAMENTO DEMOCRÁTICO DO PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>81</b>
<b>4.1</b>	<b>A democracia e o maximalismo participativo na sociedade e no processo.....</b>	<b>81</b>
<b>4.1.1</b>	<i>Governos democráticos e absolutistas.....</i>	<i>82</i>
<b>4.1.2</b>	<i>Liberalismo, república e democracia .....</i>	<i>93</i>
<b>4.1.3</b>	<i>As democracias liberais representativas e o discurso social do século XIX.....</i>	<i>101</i>
<b>4.1.4</b>	<i>A democracia neoliberal da segunda metade do século XX.....</i>	<i>103</i>
<b>4.1.5</b>	<i>A crise das democracias representativas e a maximização democrática a partir dos modelos participativo e deliberativo .....</i>	<i>105</i>
<b>4.1.5.1</b>	<i>A democracia participativa .....</i>	<i>106</i>
<b>4.1.5.2</b>	<i>A democracia deliberativa.....</i>	<i>107</i>
<b>4.1.5.3</b>	<i>As críticas de Young à teoria deliberativa de Habermas .....</i>	<i>110</i>
<b>4.2</b>	<b>O diálogo entre o modelo deliberativo e o contraditório material .....</b>	<b>110</b>
<b>4.2.1</b>	<i>A fundamentação das decisões e o contraditório material.....</i>	<i>114</i>
<b>4.2.2</b>	<i>A deliberação e a racionalidade jurídica .....</i>	<i>117</i>
<b>4.2.3</b>	<i>As críticas à deliberação no espaço político e os seus reflexos no espaço jurídico</i>	<i>119</i>
<b>4.3</b>	<b>O processo, as frações de democracia e o efetivo funcionamento democrático .</b>	<b>121</b>
<b>4.3.1</b>	<i>As frações de democracia .....</i>	<i>121</i>
<b>4.3.2</b>	<i>A democracia no espaço judicial.....</i>	<i>123</i>

4.3.3	<i>O efetivo funcionamento democrático do processo</i> .....	127
5	<b>CONCLUSÃO</b> .....	132
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	137

## 1 INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro vive, hoje, a sua quarta fase metodológica, o que significa que as fases do praxismo, do cientificismo e do instrumentalismo foram ultrapassadas para dar espaço à fase do neoprocessualismo ou formalismo-valorativo. Em que pese não se poder pensar a história como evolução, já que situações paradoxais convivem, há, aqui, um inquestionável aprimoramento, pois o processo sai da sua primeira fase onde é confundido com um mero procedimento (fase praxista), para afirmar a sua autonomia perante o direito material (fase científica) e, posteriormente, reconhecer-se a sua finalidade como instrumento do direito material (fase instrumentalista), chegando, finalmente, à fase atual, que disciplina o CPC a partir da Constituição.

A quarta fase metodológica trata do neoprocessualismo ou formalismo-valorativo<sup>1</sup> e reflete todas as mudanças da hermenêutica jurídica que, ao reconhecer a força normativa da Constituição e a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, possibilitou a constitucionalização dos vários ramos do Direito, superando o formalismo jurídico e fortalecendo o pós-positivismo. O formalismo jurídico refere-se ao positivismo e ao seu respeito às normas jurídicas, enquanto o pós-positivismo trata da rejeição da limitação do juiz pela lei, numa aproximação entre direito e moral que confere ao intérprete maiores poderes de pacificação social.

O neoconstitucionalismo de Luís Roberto Barroso<sup>2</sup>, por exemplo, está pautado nas principais alterações sofridas pelo mundo pós-Segunda Guerra Mundial, que ele resume como sendo a superação do positivismo, o fortalecimento do pós-positivismo e a constitucionalização do direito, materializada, no caso específico do processo civil, no artigo 1º do CPC, que trata do ordenamento, disciplina e interpretação das normas processuais civis a partir dos direitos fundamentais. O Código evidencia, assim, uma preocupação com o devido processo legal, hoje compreendido como o direito ao processo justo, que depende, para a sua

---

<sup>1</sup> Conforme assevera Welder Queiroz dos Santos, “a compreensão dessa quarta fase metodológica do Direito Processual Civil depende da identificação do direito processual como ciência autônoma, que seja técnica jurídica em prol dos objetivos políticos, sociais e jurídicos. Mas é preciso ir além. É preciso constatar que a Constituição passou a ser dotada de força normativa, que os princípios jurídicos são normas que não mais se restringem à integração de lacunas, que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade e eficácia imediata, conformam a interpretação e vinculam o Estado e os particulares. Essas características do pensamento jurídico contemporâneo, com grande influência do direito constitucional, são premissas necessárias para a compreensão desta quarta fase metodológica do direito processual” (SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 10-11).

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 241-259.

concretização, da observância às regras que tratam da proteção das normas processuais fundamentais, dispostas na CRFB e ao longo do CPC.

Dentre essas normas processuais fundamentais, destaca-se o princípio do contraditório, compreendido hoje em sua dimensão formal e material. A primeira refere-se à ciência e à participação no processo, enquanto a segunda traduz o direito de influência e a vedação de decisão surpresa. Cuida-se de distinção importante e que reflete a nova hermenêutica jurídica, uma vez que por muito tempo durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, associou-se o contraditório apenas à ciência e participação, não se falando em direito de influência e vedação de decisão surpresa.

O funcionamento democrático no processo sempre foi analisado diante da participação das partes frente ao contraditório formal, num paralelo com a concepção do minimalismo elitista da teoria da democracia que reduz o cidadão ao papel de eleitor, fortalecendo o distanciamento entre representantes e representados. A crise das democracias representativas liberais e o desenvolvimento do maximalismo participativo, passaram a exigir uma participação popular mais ativa, postura essa que acabou sendo refletida também no processo, enxergando-se, hoje, a ausência de concretização da democracia processual pela simples formalização da ciência e da participação da parte, por não contemplar a dimensão substancial do contraditório.

O contraditório material encontra-se expresso nos artigos 9º e 10 do Código de Processo Civil, refletindo, ainda, em outros dispositivos ao longo da norma processual. Cuida-se, como dito, do direito de influência e da vedação de decisão surpresa, o que permite alcançar o juiz como sujeito do contraditório ao atribuir-lhe deveres que o impelem a abandonar a postura de contemplação antes assumida diante das partes. O julgador não é mais um sujeito passivo e distante do processo, assumindo, agora, uma posição ativa de diálogo, respeito e cooperação diante do seu dever de não decidir questões de maneira definitiva com base em argumentos fáticos ou jurídicos não analisados pelos litigantes.

Isso significa dizer que o funcionamento democrático exige participação com diálogo, transparência e autoridade. As partes deverão ter condições iguais para exercer o seu direito de influência, de modo a interferir com argumentos fáticos, jurídicos e provas na decisão judicial, que não pode fundamentar-se em questão sobre a qual os sujeitos não tenham tido oportunidade de manifestação. O contraditório material permite o exercício da democracia deliberativa no processo, expressão da maximização democrática.

A democracia representativa, numa expressão do minimalismo elitista e a democracia deliberativa, numa expressão do maximalismo participativo, traça, portanto, um

paralelo com o contraditório formal e material. O que aconteceu foi que as crises das democracias liberais nos trouxeram ao momento atual de fortalecimento da participação direta do cidadão, a exemplo dos modelos participativo e deliberativo. A democracia participativa busca a atuação do povo por meio de instrumentos democráticos diretos, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de voto. Diante da utilização desses institutos em governos autoritários, surgiu como opção ao modelo participativo, o deliberativo, que defende o debate como forma de se chegar ao entendimento.

Pensar a democracia deliberativa é pensar em Habermas<sup>3</sup> e na sua teoria do agir comunicativo, que enfrenta críticas como aquelas colocadas por Iris Young<sup>4</sup>, para quem a deliberação no espaço político é uma quimera, visto que as desigualdades sociais, longe de permitirem que o debate retrate um diálogo justo e equânime entre as partes de maneira a possibilitar que uma se convença dos argumentos da outra, reforça a estrutura de poder onde pequenos grupos dominantes aprovam políticas de exclusão que lhes beneficia, em prejuízo da coletividade e do bem-comum.

A teoria do discurso de Habermas com os seus argumentos de que os homens e as mulheres, como seres racionais que se expressam pela linguagem e que ocupam espaços públicos diversos devem pautar-se pelo entendimento dentro de um cenário capaz de promover um debate ético, respeitoso e com iguais condições de manifestação, não convence Young, que adverte ser a esfera pública dominada não pelo discurso, mas sim pela manipulação e violação dos direitos das minorias.

A dúvida que se coloca, então, é como essas críticas refletem no funcionamento democrático do processo cooperativo, que reproduz, em certa medida, ressalvadas as suas próprias características, dois elementos marcantes da democracia deliberativa habermasiana: o debate e a imparcialidade. O processo é procedimento dialético desenvolvido em contraditório, o que significa dizer que a autoridade competente ao julgamento da lide deve ser imparcial no sentido de garantir a todos os legítimos interessados o esclarecimento das questões fáticas e jurídicas que os aflige para, a partir dessa discussão, alcançar o entendimento da norma aplicável.

---

<sup>3</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 190-211.

<sup>4</sup> YOUNG, Iris Marion. Desafios ativistas à democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 13, p. 187-212, jan./abr. 2014, p. 188. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522014000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/qkxjWbLxbXbLvr4tNkLMhqQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 3 jun. 2021.

Esse debate de ideias num ambiente que garanta a paridade de armas entre as partes e imponha uma conduta pautada na eticidade só é possível dentro de um processo cooperativo que, nos termos do artigo 6º do Código de Processo Civil, traga os elementos necessários à efetivação da colaboração e do debate, tais como os deveres de esclarecimento, de consulta, de prevenção e auxílio atribuídos ao juiz.

A cooperação decorre do princípio do devido processo legal. A norma processual civil afirma que deve haver diálogo e colaboração entre os sujeitos do processo, com o intuito de concretizar uma decisão de mérito justa e efetiva a ser prolatada em tempo razoável. Esse debate é necessário, ainda, para que se possibilite a efetivação do contraditório material, visto não ser possível o exercício do direito de influência num ambiente não colaborativo, que retire da parte a oportunidade de se manifestar adequadamente sobre ponto importante ao deslinde do feito ou mesmo a chance de ter efetivamente considerados os seus argumentos.

A temática aqui brevemente introduzida é tratada nos três capítulos em que se dividiu a dissertação. O primeiro capítulo objetiva destacar a importância da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil vigente, ao falar da constitucionalização do processo civil como fenômeno tradutor de duas ideias: a importância das normas fundamentais processuais e a necessidade de que eventuais limitações à liberdade do indivíduo sejam realizadas pela Constituição, pela lei ou por decisão judicial, administrativa ou negocial que observe o devido processo legal.

Especificamente sobre as decisões judiciais, falou-se no princípio do contraditório como estruturante do direito fundamental ao processo justo, por possuir um grande papel democrático no modelo de processo cooperativo de nosso ordenamento.

O capítulo 2 aborda com mais profundidade os princípios do contraditório e da cooperação, preocupando-se em destacar as dimensões formal e material do princípio do contraditório, advertindo que a ampla defesa corresponde, hoje, ao seu aspecto substancial, conforme lição de Fredie Didier Jr. As duas expressões do contraditório material (direito de influência e vedação de decisão surpresa) são analisadas como expressão da democracia deliberativa no processo, como insiste Humberto Theodoro Júnior, o que nos leva a reconhecer a importância do processo cooperativo, promotor do diálogo entre os sujeitos do processo, cujas condutas devem se pautar na eticidade.

Finalmente, o capítulo 3 discorre sobre a atuação das partes e o funcionamento democrático do processo civil, iniciando com uma breve introdução histórica e as críticas enfrentadas pela democracia desde os seus primórdios, passando por suas transformações até chegar ao modelo representativo das democracias liberais que enfrenta, hoje, uma crise de

legitimidade. O fortalecimento dos modelos diretos de democracia, como a democracia participativa e a democracia deliberativa são, também, analisados neste tópico, que trata, ainda, do contraditório material como expressão do modelo deliberativo de processo, analisando as pontuações feitas por Young à deliberação para saber de que maneira elas refletem no espaço jurídico, isto é, se impedem ou não o seu efetivo funcionamento democrático, fracionando a democracia e inviabilizando, com isso, o direito fundamental ao processo justo.

O estudo aqui apresentado foi feito a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, partindo de uma metodologia dialética, hipotético-dedutiva, de cunho descritivo e analítico. Longe de querer esgotar o tema, pretende-se intensificar o debate sobre a democracia no processo civil brasileiro.

## 2 A CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Estado de Direito firma-se, num primeiro momento, na centralidade do Código Civil e na importância da lei. A soberania da Constituição é reconhecida à medida que se afirma a soberania do povo, que para ser concretizada, depende da efetivação dos direitos fundamentais à vida, dignidade da pessoa humana, saúde, trabalho, alimentação, entre outros garantidos na norma constitucional.

Essa percepção é feita de maneira gradual, ao longo dos séculos, sem ser, necessariamente linear, ocorrendo de maneira fragmentada, levantando questões em um determinado momento histórico que, todavia, só serão respondidas anos depois ou até mesmo não respondidas nunca. É o caso da democracia brasileira e das desigualdades sociais que impedem a realização do projeto coletivo social desenvolvido na CRFB/88.

Como dar conta da crise de efetividade constitucional que, segundo Marcelo Neves<sup>5</sup>, sobrecarrega o caráter simbólico da Constituição? Para Luís Roberto Barroso<sup>6</sup>, a resposta passa, necessariamente, pelo desenvolvimento de uma nova hermenêutica jurídica, a do neoconstitucionalismo, incorporadora das principais alterações do mundo pós-Segunda Guerra Mundial, que, como afirma, seriam três: a superação do positivismo, a adoção de uma perspectiva pós-positivista e a constitucionalização do Direito.

Diante da importância do processo civil para a concretização dos direitos materiais é de se reconhecer que a ele se aplica o modo de funcionamento do Estado de Direito Democrático, o que significa dizer que a constitucionalização do processo civil entrega ao constituinte o direito ao processo justo, que veda a prolação de decisões surpresas e garante às partes o seu direito de influência, numa expressão do princípio do contraditório material revelador da sua importância para o funcionamento democrático do processo, exigindo, a partir disso, o estudo de certos elementos analisados a seguir.

### 2.1 A constitucionalização do processo civil

A constitucionalização do processo civil promove o diálogo entre o Código de Processo Civil e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, exigindo que as normas processuais não apenas observem os valores constitucionais, como, ainda, busquem a

---

<sup>5</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 76-79.

<sup>6</sup> BARROSO, 2019, p. 258-259.

sua efetivação, impondo, por isso, uma releitura dos papéis até então assumidos por todos os sujeitos processuais, inclusive o juiz.

### *2.1.1 A Constituição brasileira de 1988 e as constituições modernas*

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é uma Constituição no sentido moderno, possuindo forma escrita e trazendo em seu bojo a separação dos poderes e os direitos fundamentais, elementos importantes para conferir ao Estado de Direito um desenho democrático.

O Estado moderno rompe com a cultura medieval, o que não significa dizer que a simples entrada na modernidade apaga todos os dogmas e os costumes do período anterior, visto que a história não acontece de maneira linear e crescente, existindo retrocessos e retornos que permitem que situações paradoxais persistam ao longo de toda uma nova era, como, por exemplo, o rompimento, na modernidade, com o domínio católico e a manutenção da forte influência da Igreja junto ao povo e aos titulares do poder. É dentro de todo esse cenário de ambiguidade que as constituições modernas surgem como fenômenos políticos aplicados juridicamente.

Pode-se dizer que a modernidade começa a se apresentar já no século XV, havendo no século XVI um estado moderno muito claro, a partir de quando não se tem uma modernidade homogênea, mas sim a coexistência de situações conflitantes. Há, como dito, um Estado que se secularizou, sem que a Igreja, todavia, perdesse o seu poder de influência. Tem-se, ainda, uma nova mudança a partir do século XVIII, com o fortalecimento do pensamento constitucionalista e a formação do Estado de Direito.

Giselle Silva Soares esclarece que “[...] a compreensão da modernidade processada no Brasil abarca elementos que remontam sua origem, considerando a esfera política e os valores socioculturais constituintes e constitutivos da vida em sociedade”<sup>7</sup>. Silva Soares afirma que há no Brasil uma recepção da matriz conservadora que, todavia, recebe uma formulação original diante da reflexão nacional que é feita.

---

<sup>7</sup> SOARES, Giselle Silva. Entre o projeto de modernidade e a efetivação da democracia: marcas deixadas na construção da vida social brasileira. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 109, p. 31-44, mar. 2012, p. 34. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-66282012000100003>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282012000100003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000100003&lng=pt&nrm=iso). acessos em 10 abr. 2021.

### 2.1.2 A Constituição brasileira e o processo de redemocratização

No Brasil e na América Latina como um todo, as Constituições nascem tardiamente em relação às Constituições do mundo europeu central. Hoje, ao falarmos de Constituição, nos referimos, conforme dito, à CRFB/88, que comunga forças conflitantes, mesclando “[...] elementos modernos e tradicionais, democráticos e autoritários”<sup>8</sup>, como afirma Francisco Correia Weffort, havendo uma distribuição heterogênea entre grupos, partidos políticos e interesses, revelando a existência de paradoxos e ambiguidades decorrentes dos consensos transitórios abrigadores de interesses conflitantes.

Esse abrigo de interesses conflitantes é algo muito presente no cenário político de sociedades desiguais, como a brasileira, que acabam promulgando constituições simbólicas, com um elevado potencial de judicialização dos conflitos sociais. Weffort fala em “[...] democracia representativa carregada de distorções”, que privilegia uma “cultura dos casuísmos”<sup>9</sup>, o que em seu entendimento, “[...] muitas vezes, agravam os problemas que, supostamente, pretendem resolver”<sup>10</sup>.

A CRFB/88, assim como outras Constituições dos países da América Latina que viveram esse processo de redemocratização num contexto muito específico de saída de

<sup>8</sup> WEFFORT, Francisco C. Qual reforma política?. **Estud. Av.**, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 37-45, 2009, p. 40. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142009000300004>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142009000300004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300004&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 10 abr. 2021.

<sup>9</sup> Para Weffort “Um exemplo nítido dos casuísmos ‘democráticos’ é o das ‘medidas provisórias’ (MP) estabelecidas pela Constituição de 1988. As ‘MP’ foram concebidas, segundo se diz, seguindo exemplos italianos, para que o Executivo pudesse enfrentar situações de urgência e circunstâncias excepcionais. A ratificação (ou recusa) do Congresso viria depois. O que significa que as ‘MP’, mesmo atendido o espírito da lei que as criou, implicam, desde logo, um grave risco, pois sua ratificação (ou recusa) teria que vir quando suas iniciativas já estariam em execução. Quanto às ‘MP’, nossa situação, porém, é ainda pior do que isso. Como as Casas do Congresso estão, com frequência, emperradas em seus próprios assuntos ou se revelam demasiado lentas, o Executivo foi, pouco a pouco, transformando as ‘medidas provisórias’ em medidas de rotina. Assim, as ‘MP’, embora nascidas de uma conjuntura democrática, mais se parecem hoje com revivescências dos decretos dos períodos ditatoriais. É certo que hoje as ‘MP’ têm prazos definidos para a consideração do Congresso, prazos além dos quais teríamos ‘trancada’ a pauta do Parlamento pretendendo-se com isso pressionar em favor da celeridade da atividade parlamentar. Como no mais das vezes a lentidão permanece, surge dessa situação, paradoxalmente, uma razão a mais para novas ‘MP’. Essa cultura dos casuísmos obedece, na verdade, a uma certa lógica. É a lógica que vem produzindo ao longo do tempo o sistema institucional que temos diante de nós: um presidencialismo forte, um parlamento débil e um federalismo desequilibrado, aliás praticamente inexistente. Na sucessão das crises e dos casuísmos que buscam corrigi-las, chegamos assim a um presidencialismo de tipo imperial que tem às mãos recursos autoritários quando, eventualmente, lhe faltarem recursos democráticos para as iniciativas que pretende tomar. É evidente o domínio do Executivo federal sobre a maioria dos Estados, por meio de uma rede complexa de distribuição de poder e de recursos que valem como prêmios e que a sua supressão pode valer como castigo. Hoje, esse poder imperial, de ajuda ou de castigo, chega aos milhares de municípios que se espalham na vastidão do território brasileiro” (WEFFORT, Francisco C. Qual reforma política?. **Estud. Av.**, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 37-45, 2009, p. 40. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142009000300004>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142009000300004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300004&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 10 abr. 2021).

<sup>10</sup> *Ibid.*, 2009, p. 40.

governos autoritários nas décadas de 60 e 70, traz algo que não se identifica no constitucionalismo europeu pós-Segunda Guerra Mundial. João Carlos Gardini Santos e José Augusto Chaves Guimarães informam que “[...] 25 anos após o regime de exceção da ditadura militar, o Brasil vê sendo promulgada a Constituição Federal de 1988 que já em seu preâmbulo estabelece a democracia como regime de governo”<sup>11</sup>, indicando que há uma ruptura com o regime anterior.

### ***2.1.3 A crise de efetividade constitucional e o protagonismo do Judiciário***

Ingeborg Maus<sup>12</sup> explica que o protagonismo do parlamento conferido pelo Estado liberal burguês a partir das revoluções do século XVIII, é transferido ao Judiciário nas sociedades contemporâneas, dentro de um fenômeno global, embora com características próprias em cada país. Franco Bahia esclarece que para Maus, o Judiciário assumiria a “[...] figura de ‘pai’ que a Monarquia até então ali desempenhara”, o que representaria “[...] o papel do ‘superego coletivo’ de uma ‘sociedade orfã’, carente de tutela”<sup>13</sup>.

No Brasil, o processo de legitimação do Judiciário tem como pano de fundo as assimetrias e as desigualdades de um país que está saindo, na segunda metade da década de 80, de um regime autoritário, para ingressar em um processo de redemocratização. Weffort fala que temos, hoje, já no século XXI, uma inquestionável “liberdade de voto” e que “[...] os meios de comunicação têm servido para diminuir a distância que separa representantes e representados”<sup>14</sup>, demonstrando que a luta pela ampliação do sufrágio que marcou as democracias liberais ocidentais do começo do século XX, não são mais uma questão relevante no século XXI, que enfrenta outros debates.

Jaime Barreiros Neto afirma que para Bobbio a grande discussão sobre a legitimidade do regime democrático, hoje, envolve não “[...] a ampliação do sufrágio, mas sim

<sup>11</sup> SANTOS, João Carlos Gardini; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. As dimensões temáticas do termo “informação” na Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil. **Ibersid**, Zaragoza, v. 12, n. 2, p. 73-79, 2018, p. 74. Disponível em: <https://ibersid.eu/ojs/index.php/ibersid/article/download/4580/3926/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

<sup>12</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. Tradução do alemão Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000, p. 193-197. Disponível em: [https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO\\_COMO\\_SUPEREGO\\_DA\\_SOCIEDADE](https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO_COMO_SUPEREGO_DA_SOCIEDADE). Acesso em: 10 maio 2021.

<sup>13</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade. **R. CEJ**, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005, p. 11. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/ingeborg-maus-e-o-judiciario-como-superego-da-sociedade>. Acesso em: 6 jun. 2021.

<sup>14</sup> WEFFORT, 2009, p. 41.

o aumento dos espaços em que se exerce o poder democrático, no âmbito da sociedade civil”<sup>15</sup>, revelando que a crise da democracia liberal é uma crise de legitimidade, que questiona o modelo de representação e exige a participação popular nas tomadas de decisões que impactam direta ou indiretamente o modo de funcionamento da sociedade, conforme anunciado por Manuel Castells<sup>16</sup>.

A Constituição de 1988 implanta um estado de bem-estar social, mas é predestinada à inefetividade. Essa dificuldade faz nascer aquilo que os neoconstitucionalistas chamam de uma crise de efetividade, como afirma Luís Roberto Barroso.<sup>17</sup> O neoconstitucionalismo opera dentro do discurso de que existe um potencial de constitucionalidade imenso na constituição brasileira, que, todavia, não consegue ser concretizado. Essa incapacidade operativa da CRFB é explicada por Marcelo Neves.<sup>18</sup>

Neves afirma que há na Constituição brasileira uma sobrecarga do seu aspecto simbólico, esclarecendo que dentro do formato das constituições modernas (burguesas) existe um processo de crescimento da complexidade cultural que deve ser pautado nas esferas jurídica e política, o que exige um mínimo de força vinculante da norma constitucional. Nos países periféricos como o Brasil, a Constituição tem um *deficit* de capacidade normativa, em decorrência de uma hipertrofia simbólica, o que explica, em certa medida, a sua inefetividade.

Essa hipertrofia simbólica da CRFB/88 faz com que a expectativa depositada pela sociedade não se concretize, gerando uma crise de efetividade constitucional, que leva a uma progressiva perda de legitimidade popular dos poderes majoritários, nascendo, dessa deslegitimação dos espaços deliberativos majoritários, a aversão à política, “[...] a ruptura da relação entre governantes e governados”, nas palavras de Castells<sup>19</sup>, algo que acontece em vários outros países do mundo ocidental, com as suas particularidades.

Há uma rejeição do grupo político como o legítimo representante do povo, o que, por sua vez, revela a ausência de concretização do projeto constitucional e a necessidade da ocupação popular dos espaços políticos. Esse pensamento surge com a descrença no sistema causada pela “[...] corrupção sistêmica da política”, conforme relata Castells<sup>20</sup>, indicando um descaso dos representantes para com os representados, que veem os interesses pessoais dos

<sup>15</sup> BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 80. Disponível em: [http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia\\_compressed.pdf](http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia_compressed.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021.

<sup>16</sup> CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 10.

<sup>17</sup> BARROSO, 2019, p. 294-299.

<sup>18</sup> NEVES, 2011, p. 147-153.

<sup>19</sup> CASTELLS, *op. cit.*, p. 7.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 24.

eleitos e não o bem comum ser perseguido e alcançado. O Judiciário surge como a esfera imparcial e competente para combater a corrupção política e, mais ainda, para tornar a Constituição uma efetiva realidade normativa, a partir da rejeição da omissão legislativa e dos entraves do executivo à implementação de políticas públicas urgentes e necessárias.

Essa possibilidade de o Judiciário tornar a Constituição uma realidade normativa, decorre daquilo que Luís Roberto Barroso chama de “[...] três transformações profundas enfrentadas pelo direito no modo como é entendido e praticado no mundo contemporâneo”<sup>21</sup>, quais sejam, a rejeição ao positivismo jurídico, a adoção de uma visão pós-positivista e a constitucionalização do direito.

#### ***2.1.4 O positivismo e o pós-positivismo jurídico***

O positivismo jurídico ganha força ainda no século XVIII, com o advento do Estado Liberal, que busca amarrar o Leviatã, impondo que o governante pautar sua conduta na lei, que passa a ser expressão da liberdade individual à medida que limita o poder de atuação estatal. Há no século XIX um fetiche legalista evidenciado nas codificações que se materializam ao longo dos mais diversos territórios, a exemplo do Código Civil Francês de 1804, também conhecido como Código Napoleônico.

Para os positivistas, a lei era capaz de prever todas as situações possíveis de gerarem efeitos jurídicos, de maneira que caberia ao Juiz tão somente o dever de aplicação, funcionando como uma espécie de “boca da lei”, não devendo avançar na atividade de interpretar, a teor do que defendia a Escola da Exegese. Essa visão enfrentou fortes críticas em meados do século XX, no período pós-Segunda Guerra Mundial, diante da constatação de que graves crimes contra a humanidade haviam sido cometidos sob o escudo da lei, a exemplo das defesas apresentadas pelos alemães nazistas no Tribunal de Nuremberg, que diziam ter apenas cumprido as orientações normativas de seu Estado.

As críticas ao positivismo fortaleceram a visão pós-positivista, que reconhece um poder cada vez mais amplo do juiz no momento da aplicação do direito, concedendo-lhe não apenas o papel de intérprete, mas, ainda, permitindo a reaproximação entre direito e moral, diante da alegada insuficiência da lei. Ferrajoli critica essa reaproximação, afirmando que as

---

<sup>21</sup> NEOCONSTITUCIONALISMO. Luís Roberto Barroso. [S. l.: s. n.], 2020, 1 vídeo (58 min). Publicado no canal Fabrício de Pádua. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5Xy9Tunmy2o>. Acesso em: 10 maio 2021.

democracias liberais têm justamente como um dos seus fundamentos a separação entre direito e moral, cuidando-se de conexão facilitadora de arbitrariedades.<sup>22</sup>

### ***2.1.5 A supremacia da Constituição e a constitucionalização do Direito***

As duas primeiras mudanças mencionadas (rejeição ao positivismo e adoção de uma visão pós-positivista) impactaram a terceira transformação apontada por Barroso, que retrata o ponto objeto de estudo do presente tópico: a constitucionalização do Direito, que, segundo defende, nada mais é do que “[...] a vinda para a Constituição de regras e princípios de diferentes ramos do direito; e, sobretudo, a ida da Constituição ao encontro de normas infraconstitucionais”<sup>23</sup>, revelando a importância das normas constitucionais na nova hermenêutica jurídica.

Matheus Felipe de Castro, ao tratar da constitucionalização do Direito, evidencia o “protagonismo do Poder Judiciário”, que passa a deter “[...] uma margem de discricionariedade perigosamente ampla”<sup>24</sup>, diante da citada aproximação entre direito e moral, algo que para Castro pode comprometer a segurança jurídica, já que amplia o poder de decisão do julgador, que pode, agora, valer-se de fundamentos metajurídicos, descritos por Barroso como sendo cinco: “valores e ideologia do juiz”, “interação com os outros atores políticos e institucionais”, “capacidade de cumprimento efetivo da decisão”, “situação interna dos órgãos colegiados” e “opinião pública”<sup>25</sup>.

Castro distingue, ainda, o princípio da supremacia da constituição e a constitucionalização do Direito, afirmando que enquanto aquele fundamenta-se na teoria de Kelsen que traz a Constituição no topo da pirâmide do ordenamento jurídico, revelando uma distinção entre direito e moral, já que seriam válidas e legítimas as regras produzidas de acordo com a norma constitucional e não aquelas moralmente válidas; a constitucionalização do Direito segue caminho oposto, atraindo para si uma interpretação pós-positivista<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luis; KARAN, André Trindade (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, ebook Kindle, posição 298.

<sup>23</sup> NEOCONSTITUCIONALISMO, 2020, *online*.

<sup>24</sup> CASTRO, Matheus Felipe de. Considerações sobre a interpretação moral da Constituição: a constitucionalização dos direitos fundamentais e os desafios a sua efetivação. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 109-131, jul./dez. 2014, p. 115. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v13n2.5597>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/5597/3038>. Acesso em: 10 maio 2021.

<sup>25</sup> BARROSO, 2019, p. 409-411.

<sup>26</sup> “Verifica-se, portanto, uma diferença substancial entre Supremacia da Constituição, enquanto um fenômeno marcado pelo positivismo jurídico, na medida em que, a finalidade e o sentido da norma são mantidos e

A importância assumida pelo Poder Judiciário é, também, destacada por Luís Roberto Barroso, que fala numa nova hermenêutica constitucional, num novo constitucionalismo, “[...] o constitucionalismo do pós-guerra ou neoconstitucionalismo”, que retira o protagonismo do Código Civil e o confere, acertadamente, em seu ponto de vista, à Constituição, que, diante da sua vagueza semântica e multiplicidade de normas programáticas, exige a atuação certa e presente do magistrado na efetivação dos direitos fundamentais, pautado na força normativa que se reconhece à CRFB/88.

A constitucionalização do Direito reflete em todas as áreas, alcançando o direito civil, o direito administrativo, o direito penal, o direito eleitoral, o direito processual civil etc. Isso significa dizer que todas as legislações específicas são analisadas à luz da Constituição, de maneira a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

É esse, ainda, o outro ponto que distingue a supremacia da Constituição da constitucionalização do Direito: para o neoconstitucionalismo, não é suficiente que a norma infraconstitucional apenas não viole a Constituição, é necessário que ela garanta a máxima efetividade aos direitos fundamentais.

Assim, por exemplo, o artigo 1.723 do Código Civil não é inconstitucional ao reconhecer “[...] como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher”<sup>27</sup>, já que a Constituição Federal prevê no seu artigo 226 a proteção da família que é compreendida pela sociedade conjugal formada pelo casal heterossexual ou “[...] por qualquer dos pais e seus descendentes”, nos termos dos parágrafos 4º e 5º do citado dispositivo constitucional, admitindo, “[...] para efeito da proteção do Estado”<sup>28</sup>, segundo o parágrafo 3º do artigo 226 em referência, a união estável formada entre o homem e a mulher.

---

respeitados, uma vez que o dispositivo pertença ao ordenamento jurídico. A Constitucionalização do Direito, em contrapartida, tende a aceitar a alteração e a validade da norma, consoante a irradiação dos princípios constitucionais, ainda que se trate de norma válida, ainda não declarada inconstitucional. Desta forma, constata-se, portanto, que a última palavra sobre o sentido e validade do enunciado da lei pertence ao Poder Judiciário.” (CASTRO, Matheus Felipe de. Considerações sobre a interpretação moral da Constituição: a constitucionalização dos direitos fundamentais e os desafios a sua efetivação. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 109-131, jul./dez. 2014, p. 120. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v13n2.5597>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/5597/3038>. Acesso em: 10 maio 2021).

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021], art. 1.723. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406/compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm). Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>28</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021], art. 226. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

Todavia, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu em 2011 durante o julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132<sup>29</sup>, a força normativa da Constituição impede que se

<sup>29</sup> “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir ‘interpretação conforme à Constituição’ ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO ‘FAMÍLIA’ NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por ‘intimidade e vida privada’ (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família.

retire do alcance do artigo 1.723 do CC, a possibilidade de união entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de ofensa ao artigo 3º, inciso IV, da CRFB/88.

Ao definir como um dos seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos, “[...] sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, a Constituição, de acordo com o STF, impede que a opção sexual de cada um seja utilizada como fator de discriminação, não havendo justificativa razoável para não estender aos casais homoafetivos a mesma proteção dada aos casais heterossexuais, sob pena de ofensa aos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento da força normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito Civil possibilitaram que o STF admitisse a validade da união estável entre pessoas do mesmo sexo, o que, posteriormente, levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a disciplinar sobre o casamento civil entre casais homoafetivos, indicando o protagonismo do Poder Judiciário e a projeção do neoconstitucionalismo como o instrumental necessário à concretização dos direitos fundamentais.

A decisão, denunciada como ativista por alguns grupos, representa bem essa nova fase de judicialização da política, com a definição de temas relevantes para a sociedade dentro do espaço contramajoritário do juiz, que define o alcance das normas constitucionais, a partir de uma leitura cada vez mais ampliada da Constituição, sem a chancela de legitimidade do voto. Letícia Kreuz e Pedro Machado da Luz advertem que o “[...] avanço de pautas minoritárias” no STF deve ser visto com ressalvas, já que “[...] são pouco legítimos de um ponto de vista de

---

A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA ‘INTERPRETAÇÃO CONFORME’). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (STF, ADI 4.277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 05/05/2011, DJe 14/10/2011, p. 611-615).

divisão de poderes e da legitimidade do direito”<sup>30</sup>, opinião compartilhada por Conrado Hübner Mendes<sup>31</sup> e rebatida por Luís Roberto Barroso, que defende o exercício de “[...] três grandes papéis em uma democracia” por uma Suprema Corte: “[...] contramajoritário, representativo e iluminista”<sup>32</sup>.

Barroso atribui ao STF o papel contramajoritário do controle de constitucionalidade, o papel representativo de proteção da sociedade dos “[...] preconceitos e de visões autoritárias da vida”<sup>33</sup> e o papel iluminista de fazer a história avançar. As críticas feitas por Mendes alcançam, em certa medida, a hipertrofia do Poder Judiciário a partir desse discurso de substituição da moral do Legislativo e do Executivo pela moral do Judiciário. Barroso, todavia, legitima a ocupação do Judiciário a partir das transformações sofridas na hermenêutica jurídica que levaram à rejeição ao positivismo jurídico, à adoção de uma visão pós-positivista e à constitucionalização do Direito.

A constitucionalização do processo civil restou bastante evidenciada na Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil vigente, afirmando, já no seu artigo 1º, a ordenação, disciplina e interpretação “[...] conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição”<sup>34</sup>. Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>35</sup> afirmam que as normas fundamentais “[...] constituem as linhas mestras do Código” ou os seus “eixos

<sup>30</sup> KREUZ, Leticia Camargo; LUZ, Pedro Machado da. Supremo Tribunal Federal e a “vanguarda iluminista” em xeque. **Justificando**, São Paulo, 26 março 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/03/26/supremo-tribunal-federal-e-a-vanguarda-iluminista-em-xeque/>. Acesso em: 4 jun. 2021.

<sup>31</sup> MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 4 jun. 2021.

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. ‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 23 fev. 2018b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 4 jun. 2021.

<sup>33</sup> BARROSO, *loc. cit.* Segundo Barroso, “Sua atuação contramajoritária se dá, tipicamente, quando o tribunal de clara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato do Executivo. Essa é a única atribuição que vem expressa na Constituição. Por não enxergarem além da literalidade dos textos, há autores que só reconhecem esse papel. Cortes constitucionais, porém, desempenham também uma função representativa, quando atendem demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo pelo Legislativo. Na história recente do Brasil, proibição do nepotismo, fim do financiamento eleitoral por empresas e fidelidade partidária se inserem nessa categoria: foram decididas na omissão ou contra a vontade do Congresso, para acudir inequívocas reivindicações da sociedade, não acolhidas em razão de um déficit de representatividade. Já o papel iluminista deve ser exercido com grande parcimônia e autocontenção, em conjunturas nas quais é preciso empurrar a história. Em alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário” (BARROSO, Luís Roberto. ‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 23 fev. 2018b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 4 jun. 2021).

<sup>34</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021], art. 1º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 12 maio 2021.

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 142.

normativos”, o que significa dizer que ao aplicar a norma processual civil, o juiz deverá buscar sempre a efetivação dos direitos fundamentais.

Juvêncio Vasconcelos Viana ressalta a preocupação do Código de Processo Civil, “[...] com resultados que o processo possa trazer para seus usuários”, deixando claro “[...] que a efetividade do processo não se mede tão somente pelo corpo legislativo que lhe disciplina”. Viana esclarece que o CPC traz expresso logo no seu artigo 1º, “[...] a (íntima) relação entre processo e Constituição”, algo que diz ser condizente com a própria natureza pública do Direito Processual, “[...] que não poderia deixar de sofrer direta influência do ramo maior desse que é o Direito Constitucional”<sup>36</sup>.

A atuação pautada pela Constituição tem como propósito garantir às partes o direito ao processo justo, de maneira que a observância aos princípios e regras processuais determinantes da celeridade processual, do contraditório ou do exercício do duplo grau de jurisdição, por exemplo, destinam-se à entrega da justiça por meio da decisão judicial.

### **2.1.6 O direito ao processo justo**

O direito ao processo justo é uma cláusula geral que decorre do princípio do devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da CRFB/88, que possui uma dimensão processual ou procedimental (*procedural due process*) e um sentido substantivo (*substantive due process*), estando este relacionado ao princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição do excesso e aquela a todos os princípios e garantias necessários à formação de um processo regular, como, por exemplo, a plenitude de defesa, a igualdade entre as partes, a designação do juiz natural, a proibição de juízo ou tribunal de exceção, a imparcialidade do magistrado etc.

A garantia de aplicação das normas processuais civis na busca da concretização do devido processo legal é reflexo da constitucionalização do processo civil. Viana destaca que a “[...] relação processo x Constituição traz reciprocidade entre seus termos: a Constituição outorga garantias ao processo; o processo serve de instrumento de aplicação das normas da própria Constituição”<sup>37</sup>. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “[...] o direito ao processo justo é um direito de natureza processual”, de maneira que as normas infraconstitucionais devem servir à concretização da Constituição. O Estado, ao garantir a tutela dos direitos, tem o dever

<sup>36</sup> VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novo CPC: das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos (org.). **O Novo CPC: parte geral**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2018, p. 14.

<sup>37</sup> VIANA, *loc. cit.*

constitucional de fazer isso de maneira devida e razoável, visando obter a justiça do caso concreto.

Dessa forma, o juiz, ao aplicar as regras processuais deve, diante da nova hermenêutica constitucional, que reconhece, hoje, não apenas a supremacia da Constituição, mas, ainda, a sua força normativa e a constitucionalização dos diversos ramos do Direito, buscar nas normas infraconstitucionais de direito processual civil a melhor forma de garantir a efetivação do direito ao processo justo.

## 2.2 As normas fundamentais do processo civil brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), assim como outras constituições modernas, traz alguns dos direitos e garantias fundamentais<sup>38</sup>. Timothy Zick afirma que “[...] os direitos constitucionais são importantes formas de poder e retórica”<sup>39</sup>, revelando que a constituição pode ser utilizada para salvaguardar interesses legítimos e manipulada para proteger interesses ilegítimos.

Welder Queiroz dos Santos esclarece que “[...] o direito, qualquer que seja ele, deve ser analisado na perspectiva dos direitos fundamentais”<sup>40</sup>, indicando a Constituição como o farol que precisa nortear os administradores, os legisladores e os julgadores dentro de um Estado Constitucional de Direito. Isso significa dizer que, em nosso ordenamento, toda norma exige interpretação e nenhuma interpretação pode ser dissociada da CRFB/88.

Sob esse enfoque, Juvêncio Viana observa, em relação ao direito processual, que “[...] o olhar e a compreensão dos temas do processo há de ser ‘de cima para baixo’ e não o contrário”. Viana fala, assim, num *Direito Constitucional Processual* como uma denominação mais precisa para o *modelo constitucional de processo* do que a expressão já consolidada de

---

<sup>38</sup> José Afonso da Silva afirma que “a constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e a respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”, ressaltando, ainda, que “essa noção de constituição estatal, contudo, não expressa senão uma ideia parcial de seu conceito, porque a toma como algo desvinculado da realidade social, quando deve ser concebida como uma estrutura normativa, uma conexão de sentido, que envolve um conjunto de valores”. (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38).

<sup>39</sup> ZICK, Timothy. Framing the second amendment: gun rights, civil rights and civil liberties. **Iowa Law Review**, Iowa City, IA, 10 Sept. 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3450947](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3450947). Acesso em: 5 maio. 2021.

<sup>40</sup> SANTOS, 2018, p. 25.

*Direito Processual Constitucional*, enfatizando o termo “constitucional”, diante de sua importância ao intérprete e aplicador da norma<sup>41</sup>.

### 2.2.1 As dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são divididos em “gerações ou dimensões” por Karel Vasak<sup>42</sup> que, inicialmente, previu três gerações de direito, falando-se, atualmente, ainda, na quarta, quinta e sexta dimensões, muito embora não haja consenso doutrinário acerca das três últimas. O que é certo é que, como aponta Paulo Bonavides, “[...] o Direito hoje está nas Constituições como ontem esteve nos Códigos”<sup>43</sup>, de maneira que ao discutirmos direitos fundamentais, tratamos da Constituição, mais especificamente, do princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso III do artigo 1º da CRFB/88.

Os direitos de primeira, segunda e terceira geração seriam, respectivamente, os direitos civis e políticos; os direitos econômicos, sociais e culturais; e os direitos ligados ao princípio da solidariedade, isso segundo a classificação de Vasak, revelando uma aproximação entre o seu método de divisão e a o lema da Revolução Francesa, que, entre gritos por liberdade, igualdade e fraternidade, iniciou o desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais ainda no século XVIII.

Paulo Bonavides fala nos direitos fundamentais de quarta e quinta geração. Os direitos de quarta geração estariam ligados aos efeitos da globalização, tais como “[...] o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”<sup>44</sup>. A quinta dimensão, por sua vez, seria o direito à paz, que Bonavides afirma não poder ser entendido como direito de terceira

<sup>41</sup> VIANA, 2018, p. 14.

<sup>42</sup> “*The classification provided by Karel Vasák, which offers the notion of three generations of rights (Vasák, 1977, pp. 29-32), is probably the most practical, commonly used, and comprehensive categorization of human rights (Uvin 2002; Ishay 2008; Ife 2012; Wellman 2000; Bunch 1990; Downs 1993; Alston 1982; Tomuschat 2014; Stein 2007). Most importantly for our research, it encompasses the dichotomies used in major attempts of human rights classification: negative vs. positive rights, individual vs. collective rights, and national vs. international liability. The first Generation regards negative rights and corresponds to civil and political liberties. The second generation presumes a positive action of the state and includes social, economic, and cultural rights*” (DOMARADZKI, Spasimir; KHVOSTOVA, Margaryta; PUPOVAC, David. Karel Vasak’s generations of rights and the contemporary human rights discourse. **Human Rights Review**, Varsóvia, v. 20, n. 4, p. 423-443, Sept. 2019, p. 424. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12142-019-00565-x>. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12142-019-00565-x.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2021).

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008, p. 87. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 5 maio 2021.

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571-572.

geração, expressão da fraternidade, conforme classificação de Vasak, devendo, sim, ser “[...] elevado à categoria de norma”<sup>45</sup>.

Há, ainda, quem defenda a sexta dimensão dos direitos fundamentais, que seria o acesso à água potável, conforme indica Zulmar Fachin<sup>46</sup>, evidenciando uma das grandes crises enfrentadas no mundo atual, envolvendo a água doce, o chamado “ouro branco”, e o saneamento, carente em muitas regiões do mundo.

Queiroz dos Santos defende que “[...] o princípio do contraditório, como norma veiculadora de direito fundamental, tem relação com a primeira e com a quarta dimensão”<sup>47</sup>, mas antes de pormenorizarmos este princípio, necessário se faz identificar quais são os direitos fundamentais processuais expostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e reproduzidos no Código de Processo Civil de 2015.

### ***2.2.2 Os direitos fundamentais processuais dispostos no CPC***

Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que os direitos fundamentais processuais “reproduzidos ou densificados”<sup>48</sup> no Código de Processo Civil não esgotam aqueles previstos na Constituição, o que, longe de indicar qualquer falta de importância, revela, tão somente, que a sua previsão constitucional é suficiente para garantir-lhes o *status* de “normas fundamentais do processo civil brasileiro”<sup>49</sup>, guiando o intérprete na condução ao processo justo. Os processualistas em referência citam como exemplo de direitos fundamentais processuais previstos na CRFB e sem correspondência na lei processual civil, “[...] o direito ao juiz natural, o direito à defesa e o direito à prova”<sup>50</sup>.

As normas fundamentais do processo civil brasileiro por sua vez, representam para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, o “perfil mínimo” do direito ao processo justo, trazido em dispositivos situados ao longo do Código de Processo Civil, a saber, na ordem apresentada pelos autores e não na ordem cronológica, os artigos 6º, 3º, 7º, 9º, 10, 369, 11, 489, § 1º, 189, 4º, 98 a 102 e 502, indicando que a justiça de uma decisão é analisada a partir de critérios objetivos e não subjetivos. Isso significa dizer que pouco importa se eu, como parte, discordo da improcedência do meu pedido, por exemplo, por considerá-la injusta, mas sim se houve a

<sup>45</sup> BONAVIDES, 2008, p. 83.

<sup>46</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 193-200.

<sup>47</sup> SANTOS, 2018, p. 28.

<sup>48</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 143.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>50</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *loc. cit.*

observância, pelo juiz da causa, dos elementos trazidos pelo CPC e pela CRFB/88 estruturadores do processo razoável, equânime, célere e garantidor de todos os instrumentos necessários à participação e poder de influência das partes com o propósito de garantir-lhes a justiça da decisão.

Decisão justa, portanto, não é aquela que me aproveita como parte do processo por atender aos meus interesses, mas sim decisão que observa a estrutura montada no Código de Processo Civil segundo as normas fundamentais processuais constitucionais. A justiça de uma decisão é analisada a partir de critérios objetivos.

### **2.2.3 O princípio da (ou dever de) cooperação**

Tendo em mente a relação de artigos do CPC na ordem indicada por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, tem-se, inicialmente, que o direito ao processo justo ressalta a importância da cooperação, nos termos do artigo 6º da norma processual civil, que representa uma viragem importante na responsabilização das partes na condução do processo ao reconhecer a responsabilidade não só dos sujeitos parciais (autor e réu, em regra), mas, igualmente, dos sujeitos imparciais (juiz e ministério público, entre outros), na trilha que conduz à justiça da decisão.

Fredie Didier Jr. esclarece que “[...] os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao autorregramento da vontade no processo, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação”<sup>51</sup>. Letícia Marques Padilha<sup>52</sup> leciona que parte da doutrina não reconhece a cooperação como princípio, a exemplo de Lênio Streck. A rejeição da cooperação como princípio é compartilhada por Nery Junior e Andrade Nery, para quem tratar-se-ia de um “desdobramento do princípio da boa-fé”, devendo ser interpretada como um dever, ressaltando que “[...] não havendo cooperação, realmente não há uma sanção que indique o que é preciso fazer em relação a isso”<sup>53</sup>. Nery Junior e Andrade Nery destacam, todavia, a importância de o CPC trazer expresso esse

<sup>51</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 156.

<sup>52</sup> PADILHA, Letícia Marques. O princípio da cooperação como norma fundamental no novo CPC. In: SIMPÓSIO DE PROCESSO: E-PROCESSO E NOVO CPC, 2016, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: PUCRS, 2016, p. 5. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/09.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2021.

<sup>53</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 219.

dever das partes, que tendem a adotar uma postura individualista “[...] em desfavor da atividade estatal judiciária”<sup>54</sup>.

Seja interpretado como princípio ou como dever, o certo é que a atual ordem jurídica, ao revelar como valor indissociável do direito ao processo justo a cooperação, deixa de tolerar qualquer empecilho apresentado por um dos sujeitos da relação processual na tentativa de impedir ou dificultar a concretização do direito material, reconhecendo a nulidade da decisão proferida pelo juiz da causa que viole o artigo 9º do CPC, por exemplo, ou determinando a aplicação das penalidades previstas em lei às partes que deliberadamente ocultam informações ou atrasam os expedientes cartorários.

O processo justo é um trabalho em conjunto, que envolve todos aqueles que atuam para a solução da lide, o que significa dizer que a boa-fé objetiva serve como vetor condutor das relações processuais, assim como a cooperação entre os atores. A cooperação, como indica o próprio artigo 6º do CPC, permite que a solução da lide se dê “em tempo razoável” e que seja alcançada uma “decisão de mérito justa e efetiva”, revelando que o tempo de duração do processo é um dos elementos de aferição da justiça da decisão, assim como a efetividade da ordem judicial, pois de nada adianta um comando que carece de coerção ou meios de ser concretizado.

#### ***2.2.4 O direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva***

A referência à “decisão de mérito justa e efetiva” pelo artigo 6º do CPC, tem ainda, relação com o artigo 3º da norma em referência, que trata da tutela jurisdicional adequada e efetiva, vedando a autotutela e conferindo ao Estado o monopólio da jurisdição, que poderá ser exercida, ainda, via arbitragem, promovendo-se, nos termos dos §§ 2º e 3º do dispositivo legal em referência, “a solução consensual dos conflitos”.

A efetivação da tutela é o que garante credibilidade ao Judiciário, à arbitragem e aos meios de autocomposição do litígio, visto que a impossibilidade de realizar o direito material por essas vias levaria à descrença no sistema e sua conseqüente ruína. Importante destacar que o artigo 3º do CPC detalha o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88.

---

<sup>54</sup> NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 218.

Luiz Moreira<sup>55</sup> relata que Jürgen Habermas, ao questionar sobre a validade das normas jurídicas, aponta para a força coercitiva do Estado e para o monopólio da sanção. O direito não apela à moral, aos costumes ou a dogmas da Igreja, mas à força que advém do império da lei. A teoria habermasiana revela, em tempos de constitucionalização do direito, que essa força coercitiva e esse monopólio da sanção atuam em prol da efetivação do direito, que deve se dar de maneira adequada, isto é, sem apegos a formalismos desnecessários, mas observando todos os ritos que tornam o processo legal devido.

Não podemos esquecer que vivemos, hoje, a era da efetivação e não mais a era da proteção somente. Isso demonstra que, assim como na teoria constitucional, a proteção dos direitos fundamentais não é suficiente, devendo-se buscar, verdadeiramente a sua efetivação; na teoria processual também não se admite que o processo sirva apenas como meio de reconhecer/declarar direitos, mas não de efetivá-los. É lógico que, diante da complexidade do sistema e da particularidade de cada situação, muitos são os credores, por exemplo, que não conseguem a obtenção dos créditos reconhecidos em juízo por demandarem contra devedor insolvente, mas, nesse caso, a ausência de concretização do direito material não decorre de falha do sistema, mas da insolvência civil do devedor.

### ***2.2.5 O princípio da igualdade***

Seguindo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>56</sup> apontam para a igualdade no processo trazida no artigo 7º do CPC, que assegura às partes “paridade de tratamento”, ordenando ao juiz que zele “pelo efetivo contraditório”. O direito ao processo justo é indissociável à igualdade e ao contraditório, não à toa termos a figura da Deusa, cujos olhos são cobertos por uma venda, indicando que as partes, independentemente de prestígio, condição social, cor, sexo ou recursos financeiros, serão tratados de forma igual, ideia essa reforçada pelo artigo 7º ao referir-se “ao exercício de direito e faculdades processuais”, demonstrando que as partes deverão ter oportunizado iguais formas de se defender, assumindo, em contrapartida, os mesmos ônus e deveres, o que significa dizer, por exemplo, que o prazo para contestar é de 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 335 do CPC, assim como é de 15 (quinze) dias o prazo para a réplica nas hipóteses de alegação de “fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”,

---

<sup>55</sup> MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 4. ed. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 51.

<sup>56</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 156-157

conforme disposto no artigo 350 da lei processual civil, que prevê o mesmo prazo justamente em observância ao direito à igualdade, ao contraditório e à prova.

Aristóteles, ao desenvolver o conceito de igualdade material, fala que “[...] não sendo as pessoas iguais, não terão coisas em porções iguais, entendendo-se que, na medida em que não são iguais, não receberão em pé de igualdade”<sup>57</sup>. A igualdade material é também observada no processo, como na hipótese de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita àquele que não tem como arcar com as despesas processuais. O direito à igualdade, dessa forma, alcança tanto a igualdade formal quanto a igualdade material.

A Constituição Federal não trata da igualdade no processo, falando, de maneira genérica, no inciso I do seu artigo 5º, que “[...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”<sup>58</sup>, todavia, o valor “igualdade” é algo intrínseco ao Estado Democrático de Direito, não se podendo admitir distinções injustificadas, que longe de promoverem a igualdade material, cuidam de atribuir privilégios a um grupo em detrimento do outro.

### ***2.2.6 O princípio do contraditório***

Os artigos 9º e 10 do CPC destacam a importância do princípio do contraditório, cuja ideia não pode ser dissociada da ideia de processo dentro de nosso ordenamento jurídico. Ambos os dispositivos legais tratam da vedação de decisão surpresa, pormenorizada no artigo 10. O artigo 9º proíbe que seja proferida “[...] decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”<sup>59</sup>, com exceção das três hipóteses previstas em seu parágrafo único. O contraditório, assim como o diabo do provérbio alemão, mora nos detalhes, o que significa dizer que a importância do enunciado da norma trazida no artigo 9º não está no substantivo “ouvida”, mas no advérbio “previamente”.

A oitiva da parte deve ser prévia à decisão para que o juiz tenha acesso não apenas aos argumentos de quem demanda a medida, mas, igualmente, aos argumentos do sujeito contrário. É, mais uma vez, a manifestação da igualdade, da paridade de armas no processo que, caso prosseguisse alheio a essa necessidade, ofenderia não apenas a lei processual civil, mas a própria Constituição Federal e seu artigo 5º, inciso LV, que assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa.

<sup>57</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014, p. 187.

<sup>58</sup> BRASIL, 1988/[2021], art. 5º.

<sup>59</sup> BRASIL. 2015/[2021], art. 9º.

Como os direitos fundamentais não são absolutos, há momentos em que o contraditório prévio deverá ceder ao contraditório diferido ou ao contraditório eventual, nas situações elencadas pelo já citado parágrafo único do artigo 9º do CPC. Marinoni, Arenhart e Mitidiero divergem de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao afirmarem que a postergação do contraditório não é medida excepcional, advertindo que uma vez “[...] verificados os seus pressupostos, o juiz tem o dever de antecipar a tutela”<sup>60</sup>, visto que para Nery Junior e Andrade Nery, cuida-se, verdadeiramente, de “[...] providência que só deve ser tomada pelo juiz em situações excepcionais”<sup>61</sup>.

Seja como for, o diferimento do contraditório não viola a Constituição, visto tratar-se de medida urgente e temporária permitida em certas situações legais, visando salvaguardar a formação de situações jurídicas irreversíveis, capazes de inviabilizar a justiça da decisão ao final da lide. Isso revela que a concessão de medida cautelar sem a oitiva da parte, acaso se mostre indevida no decorrer do processo, não causa ao sujeito da relação processual prejuízo irreparável, diante da sua reversibilidade.

O juiz, dessa forma, pode diferir o contraditório, não podendo, todavia, nos termos do artigo 10 do CPC, “[...] decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar”<sup>62</sup>, regra que vale, inclusive, para as matérias passíveis de serem conhecidas de ofício.

Uma diferença entre o parágrafo único do artigo 9º e o artigo 10 é que, enquanto o primeiro refere-se a decisões provisórias, o segundo diz respeito a decisões definitivas. Isso significa dizer que a vedação de decisão surpresa se aplica às duas espécies de pronunciamentos judiciais, porém, de maneira relativa para as decisões provisórias, já que admite exceções, e absoluta para as decisões definitivas.

### **2.2.7 O direito à prova**

O direito ao processo justo inclui, ainda, o direito à prova, trazido no artigo 369 do CPC. O que acontece é que os fatos alegados pelas partes dentro de um processo devem ser provados, daí a importância da regra que fixa o ônus da prova e daquela que permite a sua inversão. Além das partes, qualquer sujeito que participe do processo têm o direito de provar aquilo que se alega. Tem-se, dessa forma, que um perito judicial, por exemplo, que não é parte

---

<sup>60</sup> NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 161.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>62</sup> BRASIL. 2015/[2021], art. 10.

do processo, prova a idoneidade de sua conclusão por meio dos cálculos ou qualquer outro método utilizado em sua pesquisa.

A Constituição Federal trata no inciso LVI do seu artigo 5º da inadmissibilidade das provas ilícitas, que, para Nery Junior e Andrade Nery<sup>63</sup>, não se confundem com provas ilegais, já que estas podem significar violações de natureza material ou processual, enquanto as ilícitas, necessariamente, ofendem normas de direito material previstas na legislação ou garantias constitucionais, como, por exemplo, uma prova obtida com violação de domicílio, em total ofensa ao artigo 5º, inciso XI, da CRFB/88.

O artigo 369 da norma processual civil, dessa forma, ao reconhecer, em consonância com a Constituição Federal, o direito de prova, não autoriza, em princípio, que ele seja exercido em desconformidade com as regras de direito material do ordenamento jurídico pátrio. As exceções são aquelas defendidas por parte da doutrina e reconhecidas em alguns julgados, podendo ser citado, a título de ilustração, a gravação da conversa de dois interlocutores feita por um deles sem o conhecimento do outro, hoje matéria já pacificada no âmbito do STF e do STJ, que reconhecem a licitude da gravação clandestina e a prescindibilidade de autorização judicial<sup>64</sup>.

A proibição da prova ilícita reforça a ideia de que não existem direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico, logo, o direito à prova com o intuito de buscar a verdade real, cede, em certos casos, frente a outras garantias, como a citada inviolabilidade domiciliar trazida no artigo 5º, inciso XI, da CRFB/88. Essa limitação, longe de prejudicar o alcance da verdade real, traz segurança jurídica ao ordenamento, que não convive com a ideia de inobservância dos direitos e garantias individuais, a exemplo da propriedade, privacidade e dignidade da pessoa humana. Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem, inclusive, que “[...] a verdade é inatingível dentro e fora do processo. Todo juízo de verdade resolve-se em um juízo de maior ou menor verossimilhança”<sup>65</sup>, pensamento reforçado por Nery Junior e Andrade Nery ao afirmarem que “[...] o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível”<sup>6667</sup>.

<sup>63</sup> NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 1069.

<sup>64</sup> Em ementa do julgado do RHC 48.397/RJ, o relator ministro Nefi Cordeiro afirmou que “É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe – 237 DIVULG 17/122009 PUBLIC 18/12/2009)” (STJ, RHC 48.397, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 19/11/2009, DJe 17/12/2009, p. 1).

<sup>65</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 464.

<sup>66</sup> NERY JUNIOR; NERY, *op. cit.*, p. 1.069.

<sup>67</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que os direitos indisponíveis “são assim considerados os que versam sobre os direitos fundamentais do homem, como a saúde, a vida, a liberdade, a

Sobre direitos indisponíveis, o inciso II do artigo 345 do CPC, fala que a revelia não produz o efeito de presunção de veracidade das alegações do autor quando “[...] o litígio versar sobre direitos indisponíveis”, assim, por exemplo, numa ação de anulação de casamento, a prova do casamento e de sua nulidade deverá ser necessariamente feita, não admitindo sequer confissão, nos termos do artigo 392, *caput*, do CPC.

### **2.2.8 O direito à publicidade e à fundamentação**

O direito ao processo justo exige, igualmente, a publicidade e a fundamentação das decisões, conforme afirmado no artigo 11 da norma processual civil, que ressalva, em seu parágrafo único, a ações que correm sob segredo de justiça.

Para compreender a importância da publicidade e da fundamentação, é necessário retornamos um pouco na história, para o momento anterior às revoluções liberais, quando predominavam os regimes monárquicos absolutistas na Europa do início do século XVIII, cujo principal (senão único) interesse era resguardar o poder do rei, algo feito à custa do esbulho e/ou exploração de seus súditos.

A implementação do Estado Liberal impõe o império da lei, que limita o governante e liberta o povo da arbitrariedade de seus comandos. A evolução do pensamento liberal nos traz ao momento atual aonde ao Estado cabe fazer aquilo e somente aquilo que está autorizado pela norma, enquanto ao indivíduo permite-se tudo aquilo que não está proibido. O valor liberdade, tão caro aos liberais, passa a ser garantido a partir dessa limitação, que condiciona à atuação do Estado sobre a esfera individual do cidadão à previsão legal que a condicione.

O burguês oitocentista, de maneira diversa, podia ter a sua esfera individual atingida a qualquer momento e por qualquer ato do governante que assim o desejasse, não havendo império da lei que o limitasse e, tampouco devido processo legal que exigisse qualquer justificção de seu comando. A necessidade de lei e a fundamentação da decisão na norma que o ampara, dessa forma, são conquistas liberais que garantem a proteção da liberdade, propriedade e dignidade do indivíduo.

---

cidadania, o estado familiar, nacional, social da pessoa. Evidência dessa proibição está contida no CC 1602 (confissão apenas da mãe não basta para excluir a paternidade)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.113).

A decisão deve ser fundamentada e pública porque o poder estatal não é arbitrário, ou seja, ele se justifica diante de sua intervenção na esfera pessoal do indivíduo, que, no caso do Judiciário, ocorre por meio de um processo legal, justo e devido.

Há de se fazer aqui um adendo para esclarecer que após a divisão dos Poderes segundo a visão tripartite de Montesquieu, coube ao Judiciário a aplicação da lei, vedando-lhe, num primeiro momento, qualquer atividade interpretativa. As críticas ao positivismo enfrentadas no século XX, no período pós-Segunda Guerra Mundial, com o fortalecimento do pós-positivismo, revelaram que as atividades de aplicação da norma são, também, interpretativas, permitindo-se ao juiz, hoje, após as transformações da hermenêutica jurídica, dentro desse processo de interpretação, uma aproximação entre a moral e o direito como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais<sup>68</sup>.

#### *2.2.8.1 Quando uma decisão é considerada não fundamentada*

Merece, ainda, destaque, que, no processo judicial, o dever de fundamentação deixa de ser a simples indicação da norma para ser a demonstração, efetiva, dos fatos e provas que permitem a incidência do dispositivo legal indicado na sentença. É o que diz o parágrafo 1º do artigo 489 do CPC, que não considera fundamentada a decisão judicial, “[...] seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” que forje uma legalidade que não possui.

E que legalidade forjada seria essa? O Código de Processo Civil nos apresenta seis hipóteses, todas trazidas nos seis incisos do citado parágrafo primeiro do seu artigo 489, iniciando pela indicação, na sentença, de dispositivo legal, sem explicação, pelo juiz, da “[...] sua relação com a causa ou a questão decidida”<sup>69</sup>.

É necessário que o juiz enfrente todas as questões importantes para a solução da controvérsia, não se exigindo, todavia, manifestação sobre os argumentos das partes que não têm o condão de alterar o sentido do seu pronunciamento. Ao analisar os pontos críticos da lide, rejeitando ou acolhendo as alegações de uma ou outra parte, o magistrado consegue mapear os fatos até o direito, demonstrando, efetivamente, as razões de seu convencimento, de maneira que, ainda que o órgão *ad quem* se convença, posteriormente, que houve a valoração errônea de alguma das provas pelo juízo *a quo*, não haverá nulidade da sentença, mas, tão somente, provimento do recurso que busca a sua reforma.

---

<sup>68</sup> Registre-se que essa nova atuação não é isenta de críticas, a exemplo daquelas feitas por Luigi Ferrajoli, Lênio Streck e Conrado Hübner Mendes, expostas ao longo deste trabalho.

<sup>69</sup> BRASIL, 2015/[2021], art. 489.

A segunda hipótese de nulidade da sentença é o emprego de “[...] conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, conforme dispõe o inciso II do parágrafo primeiro do artigo 489 do CPC. Há, aqui, novamente, uma exigência de clareza e adequação da sentença ao caso concreto. A sentença, diferente da lei, não é geral e abstrata, devendo, necessariamente, referir-se aos elementos dos autos.

A terceira situação passível de nulidade é a existência de motivação que, de tão genérica, se presta num ou noutro sentido, isso é, poderia justificar tanto a procedência quanto a improcedência da ação. É o caso do juiz que fundamenta o acolhimento do pedido do autor nos depoimentos testemunhais sem pormenorizar esses testemunhos, deixando de indicar onde eles convergem com o que foi dito na petição inicial. Ora, a simples referência às testemunhas pode, facilmente, justificar, também, a improcedência do pedido, bastando, igualmente, afirmar que o não acolhimento do pedido da exordial decorre das provas testemunhais produzidas ao longo do processo, sem pormenorizá-las.

A quarta hipótese traz a obrigatoriedade de manifestação de todas as questões capazes de “[...] infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, nos termos do inciso IV do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC, de maneira que, conforme já se afirmou, a norma não impõe ao magistrado o dever de analisar todos os argumentos trazidos pelas partes, mas, tão somente aqueles cujo eventual acolhimento, levam à solução distinta.

A quinta e a sexta situação de nulidade da sentença por ausência de fundamentação destacam a importância dos enunciados de súmula, jurisprudência ou precedente, como se depreende da leitura dos incisos V e VI do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC. Tanto o julgador não pode limitar-se a “[...] invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” como não pode ignorar a sua existência sem esclarecer a distinção entre o caso paradigma e o caso sob julgamento. O texto da norma indica, para Machado Segundo e Machado que “[...] seja para aplicar o entendimento firmado em casos anteriores, seja para deixar de segui-lo, é preciso apontar razões específicas de pertinência ou impertinência”<sup>70</sup>.

A fundamentação, assim como a publicidade, atende ao princípio democrático, já que viabiliza a participação das partes no processo, o diálogo e a transparência, por permitir o controle dos atos judiciais por quaisquer interessados. Sem fundamentação e sem publicidade não há contraditório, que exige a ciência do ato e o conhecimento de suas razões, não à toa a

---

<sup>70</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Algumas Notas sobre a fundamentação de decisões que apreciam questões de fato à luz do novo CPC. *In*: VIANA, Juvêncio Vasconcelos (coord.). **O Novo CPC**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2016, p. 266.

própria Constituição Federal falar no inciso IX do seu artigo 93 a obrigatoriedade da publicidade e da fundamentação das decisões, ressalvadas as hipóteses de sigilo quando atenderem ao bem comum ou forem imprescindíveis ao ato.

#### 2.2.8.2 *Processos sob sigilo de justiça*

O artigo 189 do CPC traz um rol de processos que correrão sob sigilo de justiça, afastando a publicidade nos casos ali elencados<sup>71</sup>. Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>72</sup> retratam uma divergência entre a 3ª e a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acerca da taxatividade do dispositivo legal em referência, reconhecendo a 3ª Turma do STJ tratar-se de rol exemplificativo, enquanto a 2ª Turma já se pronunciou em sentido oposto, posicionando-se contra a possibilidade de se criarem exceções à publicidade fora das hipóteses legais.

Considerando que as hipóteses trazidas nos incisos I e III são bastante abrangentes ao falarem na restrição da publicidade nos processos “[...] em que o exija o interesse público ou social” e naqueles “[...] que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade”, é de se reconhecer que ainda que se adote a corrente que sustenta a taxatividade do artigo 189 do CPC, esses dois incisos permitem que situações não especificamente arroladas possam excepcionar a regra da publicidade, desde que se enquadrem nas hipóteses de interesse público ou social ou defesa da intimidade, em consonância com o inciso LX do artigo 5º da Constituição Federal.

---

<sup>71</sup> “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia, tramitam em sigilo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021], art. 189. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 12 maio 2021).

<sup>72</sup> “O rol apresentado pelo artigo em comento não é taxativo, sendo possível impor o sigilo de justiça sempre que a defesa da intimidade das partes o exigir (STJ, 3ª Turma, REsp 605.687/AM, rel. Min. Nancy Andrigli, j. 02.06.2005, DJ 20.06.2005, p. 273; contra, entendendo que não é possível reconhecer ao magistrado o poder de criar hipóteses de sigilo de justiça fora das exceções legais à publicidade dos atos processuais, STJ, 2ª Turma, RMS 17.768/SP, rel. Min. Franciulli Netto, j. 24.08.2004, DJ 28.02.2005, p. 256).” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 309).

### 2.2.9 O princípio da razoável duração do processo

O direito ao processo justo alcança, ainda, a razoável duração do processo, revelando que o antigo ditado “[...] a justiça tarda, mas não falha”, foi substituído pela concepção de que quando a justiça tarda, ela falha! O que acontece é que todo processo exige um tempo para se desenvolver, que pode ser maior ou menor a depender da complexidade da causa, da realização ou não de acordo entre as partes, do número de litigantes, da necessidade de produção de prova testemunhal ou pericial, entre outros fatores que consomem, naturalmente, tempo para a sua realização.

O tempo não é inimigo da justiça, a morosidade sim. O tempo é necessário para que os atos que tornam o processo devido e regular ocorram, não à toa ser possível, por exemplo, a dilatação de prazo e a suspensão do processo a fim de permitir ao exequente tempo para localizar o endereço atual do executado, duas medidas que prolongam a duração do processo, mas que visam garantir a justiça da decisão. Como adverte Viana, “[...] o conceito de duração razoável é dotado de extrema variabilidade (fluidez) e será aferido caso a caso”<sup>73</sup>, inexistindo uma fórmula geral que possa ser aplicada.

Processo justo não é processo rápido, mas o que se desenvolve em tempo razoável, conforme enunciado do artigo 4º do CPC, escrito em consonância com o inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB<sup>74</sup>. Enquanto a norma constitucional assegura “[...] a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, o Código de Processo Civil vai além e esclarece que dentro do prazo de duração razoável deverá estar incluída “a solução integral do mérito”, de maneira que o processo que caminha sem dilações indevidas, mas trava justamente no provimento final de mérito, ofende o ordenamento jurídico tanto quanto aquele que apresenta uma demora indevida para elaborar, logo no início, o expediente de citação da parte contrária.

<sup>73</sup> VIANA, 2018, p. 17.

<sup>74</sup> Como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu critérios para aferição da duração razoável do processo. Em sua primeira formulação, a Corte erigiu como critérios: i) a complexidade da causa; ii) o comportamento das partes; iii) o comportamento do juiz na condução do processo (CEDH, Caso Neumeister vs. *Áustria*, 1968). Hoje, além desses três clássicos parâmetros, a Corte vem apreciando igualmente a razoabilidade da duração do processo a partir da relevância do direito reclamado em juízo para vida do litigante prejudicado pela duração excessiva do processo – critério da *posta in gioco*, que determina redobrada atenção do Estado nos casos em que o litígio versa sobre responsabilidade civil por contágio de doenças (CEDH, Caso Comissão vs. *Dinamarca*, 1996), status pessoal (CEDH, Caso Laino vs. *Itália*, 1999) e que ameacem a liberdade pessoal do réu no processo penal (CEDH, Caso Zarmakoupis e Sakellaropoulos vs. *Grécia*, 2000)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150).

O artigo 4º da norma processual civil traz uma cláusula geral visto que, como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “[...] impõe um estado de coisas que deve ser promovido pelo Estado – a duração razoável do processo”, sem, todavia, cominar “[...] consequências jurídicas ao seu não atendimento”<sup>75</sup>. Essa responsabilidade do Estado, todavia, não retira a responsabilidade dos demais sujeitos do processo, que devem zelar pelo pronto-atendimento dos atos que lhes competem e evitar expedientes desnecessários, cujo objetivo seja, tão somente, prolongar o tempo de duração da demanda. Os atos abusivos da parte, inclusive, devem ser combatidos pelo juiz, que não pode se omitir diante da sua obrigação de zelar pela duração razoável do processo, aplicando àquele que os cometeu, as penalidades legalmente previstas. Note-se, dessa forma, que o Estado atua em diversas frentes, tanto na elaboração de leis que desestimulem as partes a não agir de acordo com a boa-fé objetiva quanto na concessão de poderes ao magistrado para coibir eventuais condutas abusivas, que, ao mesmo tempo, responde por atrasos indevidos.

#### ***2.2.10 O direito à assistência jurídica integral***

Seguindo nas normas processuais que tratam do direito ao processo justo, destacadas por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, encontramos nos artigos 98 a 102 do CPC, o direito à assistência jurídica integral, que alcança tanto a pessoa natural quanto a pessoa jurídica, em observância ao inciso LXXIV do artigo 5º da CRFB/88 que dispõe que “[...] o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, frente ao princípio da inafastabilidade do Judiciário.

Isso significa dizer que o Judiciário, como um palco de acesso a direitos dentro de um Estado Democrático, precisa poder ser usufruído por todos e não somente por aqueles que têm recursos para arcar com os gastos inerentes ao ajuizamento de uma ação. A democracia no processo, em verdade, encontra-se evidenciada desde antes de o Brasil adotar o regime democrático de governo, quando, ainda no século XVII, momento em que vigorava o sistema escravocrata, permitia-se aos escravos da América colonial buscar as Cortes Eclesiásticas e as Cortes de Justiça na busca de salvaguardar alguns direitos, dentro da concepção de “jurisdição de pequenas causas”.

É de reconhecer, todavia, a existência de críticas às diferenças entre o tratamento destinado àqueles carentes de recursos e aos que os possuem. Na América colonial, por

---

<sup>75</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 149-150.

exemplo, a insuficiência de recursos de alguns praticamente os impossibilitava de acessar as Cortes, conforme veremos mais adiante neste trabalho, porquanto havia a exigência de deslocamento até os centros urbanos maiores, algo que supunha tempo e dinheiro, dois ativos que a maioria dos escravos não possuía. No mundo contemporâneo, por sua vez, há uma crença, no processo penal, de que os réus assistidos pela defensoria pública encontram-se em desvantagem em relação àqueles patrocinados por grandes escritórios, muito embora estudos atuais apontem em sentido contrário, revelando uma maior taxa de provimento em recursos interpostos pela Defensoria Pública do que por advogados particulares.<sup>76</sup> As críticas existem e merecem menção, sem que, todavia, adentremos no debate, que se mostra alheio aos objetivos aqui propostos.

Importante mencionar, nos termos dos parágrafos 4º e 6º do artigo 99 do CPC, que a gratuidade da justiça é direito pessoal, que se extingue com a morte do beneficiário, não alcançando, automaticamente, seus sucessores ou mesmo litisconsortes, que deverão comprovar fazer jus ao benefício. A concessão da gratuidade não exige que o beneficiário viva em estado de penúria, mas, tão somente, que não consiga arcar com as despesas processuais descritas no parágrafo 1º do artigo 98 do CPC, logo, pode ser concedida àquele que seja patrocinado por advogado particular, pode ser deferida parcialmente, para alcançar apenas algumas despesas e, pode, ainda, ser revogada no curso do processo, desde que cessada a insuficiência de recursos.

### ***2.2.11 O princípio da segurança jurídica***

Finalmente, há de se destacar, dentre as normas fundamentais do processo civil brasileiro que promovem o direito ao processo justo, o princípio da segurança jurídica trazido pela conceituação da coisa julgada, conforme disposto no artigo 502 do CPC.

Ovídio Araújo Baptista da Silva<sup>77</sup> aponta a segurança jurídica e a legalidade como dois valores indissociáveis ao Estado de Direito, daí tratar com surpresa a defesa da relativização da coisa julgada feita por Humberto Theodoro Júnior, Cândido Rangel Dinamarco

<sup>76</sup> FARIA, Flávia; GARCIA, Guilherme. Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 6 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>. Acesso em: 26 maio 2021.

<sup>77</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa? **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 316, p. 7-18, fev. 2004, p. 4. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20-formatado.pdf>. Acesso em: 26 maio 2021.

e José Augusto Delgado, com base na injustiça da sentença, pois se o direito ao processo justo é uma garantia fundamental<sup>78</sup> do indivíduo, o afastamento da *res iudicata*, longe de promover o valor justiça, o compromete ao violar a imutabilidade da sentença com base num critério tão genérico e amplo, promovendo a insegurança jurídica.

Baptista da Silva, ao rejeitar a possibilidade de se arguir como questão incidental, “no corpo de outra ação”, a relativização da coisa julgada com fundamento na “injustiça da sentença”, afirma que isso traria insegurança quanto ao momento a ser analisado o argumento preliminar, podendo, ainda, levar à discussão infinita do provimento jurisdicional de mérito, já que “[...] a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas”<sup>79</sup>, especialmente num Estado Democrático de Direito, como o nosso, que tem o pluralismo político como um dos seus fundamentos, nos termos do inciso V do artigo 1º da CRFB/88. Silva defende, dessa maneira, que a desconstituição da coisa julgada só pode se dar por meio de ação rescisória, nas hipóteses previstas nos incisos do *caput* do artigo 966 do CPC, ou, ainda, pela *querela nullitatis insanabilis*.

A observância da norma processual civil e constitucional que garante proteção à coisa julgada, permite, como esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “[...] o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito”<sup>80</sup>. Nery Junior e Andrade Nery não ignoram, também, “o caso da sentença injusta”, todavia, refutam a hipótese de relativização da coisa julgada afirmando que “[...] o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização”<sup>81</sup>.

As normas fundamentais processuais aqui descritas podem ser, segundo o Enunciado n. 370 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, regras ou princípios,

---

<sup>78</sup> Seguimos, aqui, a orientação de Welder Queiroz dos Santos que se baseia em José Joaquim Gomes Canotilho e Antônio Roberto Sampaio Dória, para afirmar a não distinção entre direitos e garantias. Esclarece o autor “embora, no Brasil, a distinção seja admitida pela Constituição vigente, já que no título II traz inúmeros direitos e garantias fundamentais, embora sem distinguir uns dos outros, José Joaquim Gomes Canotilho afirma que ‘rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos’. Nessa linha, Antônio Roberto Sampaio Dória assevera que ‘os direitos são garantias, e as garantias são direitos’. Apesar de a distinção ser interessante, entendemos que as garantias são direitos e que a distinção é indiferente” (SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 26-27).

<sup>79</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa? **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 316, p. 7-18, fev. 2004, p. 2. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20-formatado.pdf>. Acesso em: 26 maio 2021.

<sup>80</sup> NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 1300.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 1301.

conduzindo o intérprete ao processo justo. Cuidam-se de direitos adequados à nossa democracia, trazendo uma divisão do trabalho processual entre todos os sujeitos, inclusive o magistrado, a partir do diálogo, igualdade, equilíbrio, transparência, entre outros valores, com destaque para o princípio do contraditório, que assume uma importância na estruturação do funcionamento democrático do processo, ao traduzir o direito de influência e a vedação de decisão surpresa, como veremos a seguir.

### **2.3 O princípio do contraditório e o seu papel democrático**

Conforme dito anteriormente, há uma relação do princípio do contraditório com os direitos de primeira e quarta dimensão, que representam o direito à liberdade e o direito à democracia. A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, fruto “[...] de uma árvore plantada por liberais em solo permeado pela separação dos poderes e a supremacia da lei e da constituição”, como afirmam Manuela Vidal e Silva Oliveira Santos e Ricardo Wagner Oliveira Santos<sup>82</sup>, o que significa dizer que o valor liberdade, tão importante ao liberalismo, só pode ser restringido pelo Constituição, pela lei ou por decisão judicial, administrativa ou negocial que observe o devido processo legal, cujo aspecto formal, ou procedimental, está ligado às garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa.

#### ***2.3.1 A aplicação do contraditório às decisões judiciais, administrativas, negociais e arbitrais***

Didier defende que “[...] o processo é um procedimento estruturado em contraditório”<sup>83</sup>, o que significa dizer que dentro do processo, em regra, não há espaço para decisões unilaterais, realizadas sem a oitiva da parte contrária, ressalvadas as hipóteses do parágrafo único do artigo 9º do CPC, aplicáveis ao processo judicial. Muito embora o inciso LV do artigo 5º da CRFB/88, fale na observância do contraditório e da ampla defesa “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo”, há, ainda, de se reconhecer a sua aplicação no âmbito negocial, referente à esfera privada das partes, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

---

<sup>82</sup> SANTOS, Manuela Vidal e Silva Oliveira; SANTOS, Ricardo Wagner Oliveira. Quem decide sobre a Coronavac? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/opiniao-quem-decide-coronavac>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>83</sup> DIDIER JR., 2018, p. 105.

Acaso se deseje pormenorizar mais, saindo do âmbito genérico de “[...] decisão judicial, administrativa ou negocial”, podemos falar, ainda, da decisão arbitral, que para Fredie Didier Jr., “[...] não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição”<sup>84</sup>, conclusão da qual discorda Marinoni, segundo afirma Didier. O Superior Tribunal de Justiça reconhece, na esteira do raciocínio de Didier Jr., a natureza jurisdicional da arbitragem, conforme ementa do Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Conflito de Competência 170233/SP<sup>85</sup>. O entendimento jurisprudencial do STJ acabou restringindo a divergência doutrinária ao âmbito acadêmico, já que na prática jurídica segue-se aquilo que restou reconhecido pelos Tribunais Superiores. Divergências à partes, o certo é que se aplica o contraditório e a ampla defesa às decisões judiciais, administrativas, negociais e arbitrais.

### ***2.3.2 O processo como instrumento de realização dos direitos materiais***

O que acontece é que o processo, como instrumento de realização dos direitos materiais, reflete, em certa medida, a lógica do Estado de Direito Democrático. A democracia possui os seus pilares nos valores liberdade e igualdade, logo, trazendo isso para o processo judicial, objeto do presente estudo, tem-se que as partes devem ser tratadas igualmente e precisam, ainda, ter asseguradas o seu espaço de liberdade, que só pode ser garantido via contraditório, visto que é só com a ciência, participação, poder de influência e vedação à decisão surpresa que qualquer decisão restritiva da liberdade do outro pode ser considerada como decorrente de um processo justo e devido.

---

<sup>84</sup> DIDIER JR., 2018, p. 209.

<sup>85</sup> “AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO ESTATAL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Segundo a regra da Kompetenz-Kompetenz, o próprio árbitro é quem decide, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, validade ou eficácia do contrato que contém a cláusula compromissória, nos termos dos arts. 8º, parágrafo único, e 20 da Lei nº 9.307/1996. 2. **O caráter jurisdicional da arbitragem, decorrente da regra Kompetenz-Kompetenz, prevista no artigo 8º da lei de regência, impede a busca da jurisdição estatal quando já iniciado o procedimento arbitral, operando-se o efeito negativo da arbitragem previsto no art. 485, VII, do NCPC.** 3. Na hipótese dos autos as informações prestadas pelo Juízo Arbitral dão conta de que, além de se pronunciar sobre a sua própria competência com a efetiva verificação da cláusula compromissória existente no contrato celebrado entre as partes, foi comprovada a alteração de sua denominação social com a juntada do documento respectivo. 4. Agravo interno não provido.” (STJ, AgInt nos EDcl no AgInt no CC 170.233, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 14/10/2020, DJe 19/10/2020, p. 1-2).

### ***2.3.3 A decisão judicial como meio legítimo de restringir a liberdade***

Notem que o Estado Liberal não rejeita a ideia de restrição da liberdade, desde que proveniente da Constituição, da lei ou de um processo justo e devido. No âmbito processual, há de se ter em mente que as decisões que agravam a outra parte de maneira definitiva não podem ser tomadas unilateralmente, sem a sua oitiva, devendo, necessariamente, passar pelo crivo do contraditório. O princípio do contraditório, dessa forma, limita a atuação do Estado-juiz e fortalece o sujeito do processo ao permitir que ele reúna elementos suficientes para a sua defesa, se assim o desejar.

Essa “defesa” que aqui se refere é realizada por todos aqueles que participam do processo: pelo autor, com a apresentação de argumentos em sua inicial, pelo réu com a defesa em sua contestação e pelos demais participantes com o esclarecimento de fatos pertinentes por meio de petição nos autos. Destaque-se que a defesa se prolonga durante todo o curso do processo, de maneira que as peças indicadas demonstram apenas o momento inicial de manifestação de cada um dos sujeitos, não se encerrando ali.

As inúmeras manifestações das partes no processo, longe de confundir, trazem equilíbrio. A esse respeito, Juvêncio Viana ressalta o “[...] direito que têm as partes de participar, dialeticamente, das atividades processuais, uma vez que são os destinatários de seus efeitos”<sup>86</sup>. Existe um ditado que diz “[...] quem fala o que quer, ouve o que não quer” e que ilustra bem esse jogo de pingue-pongue próprio da relação processual, onde um fala, o outro rebate e ambos produzem provas que atestam ou refutam os seus argumentos. Eventuais desequilíbrios deverão ser reparados pelo magistrado que, ao zelar pela paridade de armas, efetiva o contraditório.

### ***2.3.4 A importância do juiz diretor e do princípio do contraditório***

Esse dever de zelo atende ao artigo 7º do CPC e revela a importância da atuação do magistrado na condução do processo. A igualdade entre as partes como forma de condução à realização do contraditório dificilmente é alcançada sem o controle ativo do juiz. O Estado democrático liberal brasileiro, assim como o processo judicial, não deseja subverter a autoridade do comando de quem legitimamente o possui, mas sim definir os limites de atuação

---

<sup>86</sup> VIANA, 2018, p. 21-22.

do detentor do poder, exigindo, no caso do Judiciário, que o direito das partes ao processo justo impeça qualquer omissão daquele que tem a obrigação de atuar.

Humberto Theodoro Júnior fala na figura do “juiz diretor” e na sua importância para a efetivação do contraditório formal e substancial. Theodoro Júnior cita Comoglio para relatar que foi na Alemanha onde “[...] o contraditório assumiu seus atuais perfis constitucionais”<sup>87</sup> e que a atuação da parte no sentido de poder influenciar a decisão a ser proferida denota uma tendência do mundo pós-Segunda Guerra Mundial, preocupado em reparar arbitrariedades e garantir a justiça da decisão.

A primeira metade do século XX foi marcada pelo formalismo jurídico, que acabou servindo a muitos governos fascistas, nazistas e autoritários, daí a razão da preocupação do mundo pós-Segunda Guerra Mundial com a Constituição, a justiça e o fortalecimento do Poder Judiciário como o intérprete legítimo das normas constitucionais capazes de impedir o cometimento de atrocidades aos direitos fundamentais.

O processo serve ao povo como instrumento da justiça, mostrando-se como meio efetivo de concretizar direitos materiais, frente ao princípio da inafastabilidade do Judiciário, que garante, nos termos do inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88, que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Neste sentido, Theodoro Júnior afirma que o momento em que se vive atualmente de efetivação dos direitos fundamentais, confere ao processo “[...] o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional”<sup>88</sup>, daí a importância do contraditório e da ampla defesa, que se sobressaem como instrumentos capazes de impedir, ou, no mínimo, inibir decisões genéricas e injustas, destoantes dos novos tempos.

Afrontar o caráter dialético do processo é afrontar o próprio Estado Democrático de Direito, já que a democracia não convive com a ideia de manipulação. A oposição é imprescindível à formação democrática, conforme conclusão de Manuela Vidal e Silva Oliveira Santos e Ricardo Wagner Oliveira Santos que advertem que o regime democrático é a “[...] convergência de visões de mundo distintas”<sup>89</sup> e que há um grande perigo, como alerta o Ministro Edson Fachin, relator da ADPF 572, que reconheceu a constitucionalidade do Inquérito 471 de

---

<sup>87</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 64-71, jan./jun. 2010, p. 66. DOI: <https://doi.org/10.4013/4776>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>. Acesso em: 31 maio 2021.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>89</sup> SANTOS, Manuela Vidal e Silva Oliveira; SANTOS, Ricardo Wagner Oliveira. A democracia entre vários dissensos e um consenso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-14/opiniao-democracia-entre-varios-dissensos-consenso>. Acesso em: 23 maio 2021.

Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, “[...] quando o dissenso busca, justamente, firmar um consenso”<sup>90</sup>.

Traduzindo isso para o processo, há de se reconhecer que ao desconsiderar os argumentos de uma das partes, o magistrado inviabiliza qualquer discussão acerca dos fatos controversos, pois silencia o dissenso e, com isso, indiferentes se mostram os argumentos e provas que poderiam convencê-lo em sentido contrário, já que a decisão não reflete aquilo que restou discutido e provado nos autos, mas sim um ajuste obscuro, feito em desrespeito ao devido processo legal.

Para Norberto Bobbio, “[...] pode-se definir a democracia das maneiras as mais diversas, mas não existe definição que possa deixar de incluir em seus conotativos a visibilidade ou transparência do poder”<sup>91</sup>, pensamento este que se aplica também no âmbito processual para reconhecer que, de maneira complementar ao que afirma Fredie Didier Jr.<sup>92</sup>, democracia não é apenas participação, mas, também, diálogo e transparência.

Há, no Código de Processo Civil, normas que orientam as decisões do julgador ao caminho da transparência e que, por isso mesmo, não podem ser desconsideradas. Dentre essas normas, Didier Jr.<sup>93</sup>, cita o artigo 190 que trata dos negócios processuais, autorizando as partes a ajustar, em certos casos, o procedimento “[...] para ajustá-lo às especificidades da causa”, reduzindo ou alargando prazos processuais, por exemplo. Diante do dever de conduzir o processo de maneira transparente, ao juiz “[...] não compete imiscuir-se na vontade das partes”<sup>94</sup>, como adverte Didier Jr.

Assim como as partes não podem minar os poderes do juiz por meio de um negócio jurídico processual atípico previsto no artigo 190 do CPC<sup>95</sup>, o magistrado não pode rejeitar a

<sup>90</sup> Segundo o ministro Edson Fachin, “O dissenso é inerente à democracia. O dissenso intolerável é justamente aquele que visa a impor com violência o consenso” (STF, ADPF 572, Relator: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 18/06/2020, DJe 07/05/2021, p. 52).

<sup>91</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 20-21.

<sup>92</sup> Segundo Fredie Didier Jr., “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 105).

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>94</sup> DIDIER JR., *loc. cit.*

<sup>95</sup> A esse propósito, Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem que “o art. 190, CPC, permite acordos processuais tendo por objeto ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. É claro que em um processo cuja validade é submetida à cláusula do direito ao processo justo (art. 5º, LIV, CF) os acordos processuais não podem incidir sobre os poderes do juiz, notadamente aqueles vocacionados à verificação da veracidade das alegações de fato, sob pena de indevida restrição da possibilidade de obtenção de uma decisão justa para a causa” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 309).

sua validade por razões outras que não aquelas trazidas no parágrafo único do dispositivo legal em referência, visto que a legitimidade da decisão judicial depende da sua observância às regras processuais. O processo é transparente, justo e devido quando se baseia nas normas que o levam a uma decisão legítima.

A justiça da decisão, portanto, é o valor maior a ser perseguido, mas ela depende, para a sua concretização, da observância aos direitos fundamentais processuais, dentre os quais está o princípio do contraditório. O alargamento dos poderes das partes trazido no CPC, a exemplo do seu citado artigo 190, outra coisa não trata que não da superação do minimalismo elitista pelo maximalismo participativo. A democracia no processo não existe sem contraditório (que garanta a participação, o direito de influência e vede a decisão surpresa), transparência (que imponha a observância às regras) e autoridade do juiz (que torne as suas decisões legítimas, afirmando ou substituindo a vontade das partes, quando não houver autocomposição). É esse o tripé processual democrático.

O princípio do contraditório exerce um importante papel democrático porque é ele quem coloca diante do juiz argumentos reais que o farão alcançar a verdade dos fatos, pois, como alerta Bobbio, a democracia exige “[...] que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra”<sup>96</sup>. Ainda quando o caso é de revelia ou de confissão, é o direito de participação e influência da parte a quem a revelia/confissão aproveita que permite ao juiz analisar a veracidade das alegações ou a validade da afirmação do réu que reconhece os fatos alegados pelo autor.

O contraditório como o concebemos hoje tem ligação direta com as mudanças sofridas na hermenêutica jurídica que, após o período pós-Segunda Guerra Mundial, com a superação do positivismo, o fortalecimento do pós-positivismo e o surgimento do neoconstitucionalismo, permitiu aos intérpretes uma reaproximação entre Direito e moral, como forma de alcançar a efetivação da Constituição e dos direitos fundamentais, reconhecendo aos sujeitos processuais o direito ao processo justo.

Ora, se ao juiz não se autoriza mais que funcione “simplesmente” como “boca da lei”, às partes, igualmente, não se justifica mais que limitem a sua atuação à ciência e participação no processo, nos termos do contraditório formal, devendo, verdadeiramente, ter a oportunidade de influenciar a decisão judicial a partir da análise efetiva dos argumentos

---

<sup>96</sup> BOBBIO, 2000, p. 32.

relevantes ao deslinde da causa e, ainda, manifestar-se sobre pontos não discutidos e apontados pelo magistrado, como forma de evitar decisões surpresas.

O contraditório material reflete as mudanças sofridas na hermenêutica jurídica nos últimos anos, alterações estas encontradas no CPC, como, por exemplo, no inciso VI do seu artigo 139, que ao permitir que o juiz dilate prazos processuais e altere “[...] a ordem de produção dos meios de prova”, com o objetivo de “[...] conferir maior efetividade à tutela do direito”, diz, a um só tempo, que o magistrado, como intérprete da norma, deve, sempre, analisá-la à luz dos direitos fundamentais, efetivando a igualdade e o contraditório sempre que observar que a complexidade dos documentos juntados pelo autor na sua inicial, por exemplo, exigem um prazo de contestação maior do que o legalmente atribuído. Há de se observar, todavia, que a adequação do procedimento pelo juiz, como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, não é irrestrita, ocorrendo apenas nas hipóteses do dispositivo legal referido, só podendo, ainda, permitir-se a dilatação de prazo “[...] antes de encerrado seu curso regular”<sup>97</sup>.

Note que a extensão do prazo de resposta ou manifestação é elemento importante para o adequado exercício do contraditório material, visto que sem o tempo necessário ao exame dos documentos e alegações trazidas pela parte, resta imensamente prejudicado o direito de influência do outro sujeito, que, por ausência de tempo hábil, talvez veja o seu argumento enfraquecido. Acaso o juiz não determine o alargamento do prazo de ofício, a parte poderá requerer a sua realização, em observância aos artigos 7º e 139, inciso VI, do CPC, e artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

O processo segue sendo um forte instrumento para a efetivação de direitos materiais e daí a grande importância de que se desenvolva em contraditório e seja analisado à luz dos direitos fundamentais. Para que seja alcançado o direito ao processo justo é preciso que as partes sejam colocadas em posição de igualdade, justificando-se a adequação do procedimento, pelo juiz, sempre que verificado algum desequilíbrio.

A justiça da decisão é a estrutura básica do processo e deve ser analisada objetivamente, a partir da verificação de observância, pelo juiz, das normas fundamentais processuais, conforme já afirmado anteriormente. Não se cuida, portanto, da teoria da justiça de John Rawls para que haja uma distribuição equitativa de “oportunidades e vantagens sociais” que “[...] possibilitariam a constituição de uma sociedade democrática”, como afirma Said

---

<sup>97</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 273.

Filho<sup>98</sup>, mas sim da aplicação das normas fundamentais processuais que garantam a satisfação do direito material àquele que legitimamente o possui.

### ***2.3.5 As quatro fases do processo civil***

A preocupação com o direito material ressalta, segundo Queiroz dos Santos, a “[...] fase instrumentalista do direito processual ou fase teleológica”, que rejeita um formalismo exagerado, sem, todavia, ignorar a técnica necessária aos “[...] objetivos sociais, políticos e jurídicos, com os quais o Estado exerce a jurisdição”<sup>99</sup>, levando-nos à “[...] fase contemporânea, do neoprocessualismo ou do formalismo-valorativo”, que reflete as transformações sofridas pela hermenêutica jurídica e a sua aplicação ao processo.

Isso significa que o processo vive hoje a sua quarta fase metodológica, que é a fase do neoprocessualismo ou do formalismo-valorativo, já tendo superado a primeira fase (praxismo), a segunda fase (científica) e a terceira fase (instrumentalista), o que significa dizer que o processo, num primeiro momento, era tido apenas como um procedimento (fase praxista), para, só então ser reconhecido o seu caráter independente do direito material (fase científica), falando-se, posteriormente, no processo como instrumento para a efetivação dos direitos materiais (fase instrumentalista), até chegarmos ao momento atual que discute o processo diante da força normativa da Constituição (neoprocessualismo ou formalismo-valorativo).

### ***2.3.6 O neoprocessualismo ou formalismo-valorativo***

Ao dotar a Constituição de força normativa e rejeitar que o juiz funcione como a “boca da lei”, a nova hermenêutica ordena e disciplina o processo civil (e todos os demais ramos do Direito) “[...] conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, nos termos do artigo 1º do CPC, revelando, segundo Queiroz dos Santos, que a compatibilização do Código de Processo Civil com a Constituição Federal, “[...] foi a primeira pilastra para a elaboração do anteprojeto” do CPC, o que, inclusive, “[...] consta na Exposição de motivos elaborada pela Comissão de Juristas”<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> SAID FILHO, Fernando Fortes. A mediação de conflitos como instrumento de concretização da teoria da justiça de John Rawls. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 150-167, jan./jun. 2019, p. 151. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v18n1.11605>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/11605/6953>. Acesso em: 30 maio. 2021.

<sup>99</sup> SANTOS, 2018, p. 9.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 11.

O princípio do contraditório, dessa forma, não é algo a ser observado, mas sim efetivado, sob pena de nulidade da decisão judicial. E, mais ainda, há de haver a sua observância nos aspectos formal e material, já que, por se tratar de expressão da democracia, exige não apenas a participação da parte, mas, igualmente, o diálogo e a transparência da decisão, o que só pode ser alcançada com a verificação de que o juiz efetivamente se debruçou sobre os argumentos e provas trazidos por todos os sujeitos processuais, no exercício do seu direito de influência, impeditivo da prolação de decisão surpresa, dentro de um processo cooperativo.

### ***2.3.7 As normas fundamentais processuais como limitação da autoridade***

As normas fundamentais processuais revelam, em certa medida, aquilo que John Stuart Mill trata como “[...] a natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo”, que é “[...] a luta entre liberdade e autoridade”<sup>101</sup>, já que, ao limitarem a autoridade, garantem a liberdade do indivíduo, que só pode ser privado dos seus bens ou ver-lhe atribuído obrigação de qualquer sorte, por norma constitucional ou legal, ou, ainda, por decisão administrativa, judicial, negocial ou arbitral que observe o devido processo legal.

É preciso que essa ideia fique clara e expressa no texto: a liberdade do indivíduo não significa ausência de limitações ou privações, mas sim que essas provenham de autoridade legítima, por meio de processo legal, devido e justo. No caso das decisões judiciais isso significa, entre outras coisas já abordadas no item 1.2 deste capítulo, que o processo deve acontecer em contraditório, com a participação e influência das partes, que passam a construir a decisão junto com o juiz da causa, distante de qualquer posição antagônica que os sujeitos possam lhe conferir, já que o próprio CPC determina em seu artigo 6º que o processo se desenvolva a partir do modelo cooperativo.

O modelo cooperativo compreende a ideia de democracia no processo por exigir a participação e a colaboração de todos os sujeitos processuais, o que só pode ocorrer com a efetivação do contraditório. Ainda que não se possa falar em prevalência do princípio do contraditório sobre os demais direitos fundamentais, já que todos possuem igual valor, é de se reconhecer que a democracia no processo depende da sua efetivação, justificando, por isso, o seu estudo mais aprofundado.

---

<sup>101</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 71.

A liberdade e a igualdade formam o “frontão democrático”, conforme expressão de Simone Goyard-Fabre<sup>102</sup>, valores que são traduzidos para o processo pelo contraditório, que exige a paridade de armas entre os litigantes para a sua efetivação e só admite qualquer restrição à liberdade quando houver a observância dos seus aspectos formal e material, identificadores da participação, do diálogo e da transparência imprescindíveis ao funcionamento da democracia processual.

A democracia no processo importa porque, como alerta Goyard-Fabre, já nos falava Spinoza que “[...] quando um único homem [...] pretende carregar sozinho todo o direito da Cidade, produz-se uma distorção da ordem natural das coisas”<sup>103</sup>, o que significa dizer, no âmbito processual, que o poder do juiz de ditar o direito só se mostra legítimo quando é *transparente*, por observar as regras que o ditam, e quando garante *participação efetiva* àquele cuja esfera individual será atingida, com o exercício do seu direito de influência e a vedação de decisão surpresa, ou seja, quando o processo se desenvolve a partir de preceitos democráticos abraçados por nosso ordenamento jurídico.

O juiz não pode querer descobrir sozinho o que aconteceu, ele precisa que as partes o orientem no desenrolar das questões fáticas e jurídicas. Não se cuida o processo de um exercício de adivinhação, mas sim da análise pormenorizada do debate desenvolvido nos autos e que, muito embora ocorra de maneira adversarial ou dialética, permite ao juiz, diante do princípio da eticidade a que as partes estão obrigadas a respeitar, verificar os acertos e os erros cometidos por cada um dos sujeitos processuais ao longo da instrução, que apontam para a procedência ou improcedência do pedido.

O Poder do Estado, seja nas esferas legislativa, executiva ou judicial, só é legítimo quando é limitado, visto que a limitação do Poder é própria do Estado Liberal. A democracia no processo e, portanto, o contraditório formal e material, impõe freios a qualquer tentativa de atuação arbitrária do juiz, de maneira que eventuais excessos do Judiciário decorrem não de uma falha no sistema, mas de sua inobservância, o que se poderia dizer que, em certa medida, cuida-se exatamente de uma falha, já que não deveria haver espaços para a inobservância, todavia, a complexidade do corpo social leva mais à constatação de que a falha não é do sistema, mas daqueles que o operam.

---

<sup>102</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 145.

<sup>103</sup> GOYARD-FABRE, 2003, p. 146.

A falha seria do sistema se as normas processuais sofressem de *deficit* normativo, o que não é o caso, uma vez que as disposições contidas ao longo do Código de Processo Civil são dotadas de normatividade, passíveis de aplicação ao processo.

A crise da democracia, assim como a crise da jurisdição, surge diante desses embates entre teoria e prática, onde, constatado que muitos detentores do poder não assumem a postura que deles se espera, atuando, ao contrário, nas palavras de Goyard-Fabre, a partir de um “descomedimento passional”<sup>104</sup>, rejeita-se a estrutura política que rege a sociedade e seus conflitos, sem, todavia, refutar o ideal democrático, cuja concretização se busca por meio de outras formas que não a democracia representativa, conforme trataremos mais adiante, no capítulo 4.

No processo, a crise da jurisdição não critica a importância dos direitos fundamentais processuais, referindo-se, entre outras coisas, à morosidade e aos excessos do Judiciário, um dos motivos pelos quais a Lei 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil, fortaleceu os meios de autocomposição e a arbitragem. O direito ao processo justo é indissociável do princípio do contraditório e eventual inobservância desse direito fundamental processual só fortalece a certeza de que não há funcionamento democrático sem participação por meio do diálogo, transparência e autoridade.

---

<sup>104</sup> GOYARD-FABRE, 2003, p. 149.

### 3 O CONTRADITÓRIO MATERIAL E O PROCESSO COOPERATIVO

O contraditório material reflete a nova hermenêutica jurídica e é expressão da democracia deliberativa no processo civil, atuando junto com a cooperação para o funcionamento democrático e a efetivação do direito ao processo justo. As alterações enfrentadas pela teoria democrática são também sofridas no campo processual e servem à concretização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O princípio do contraditório foi compreendido durante uma grande parte da vigência do CPC de 1973 como garantia de participação, enquanto hoje, na vigência do CPC de 2015, é interpretado não só em sua dimensão formal, mas também material, reconhecendo aos litigantes o direito de influência e a vedação de decisão surpresa, nisso se assemelhando, para Fredie Didier Jr.<sup>105</sup>, à ampla defesa.

A relação processual democrática depende, necessariamente, da efetivação do contraditório e da cooperação, tratando-se de “princípios coirmãos” na compreensão de Luiz Rodrigues Wambier<sup>106</sup>, revelando que dentro da nova distribuição cooperativa dos trabalhos processuais, não há mais como restringir as partes às questões de fato e o juiz às questões de direito, já que todos os sujeitos do processo debatem sobre todas as questões necessárias ao deslinde do feito.

#### 3.1 Contraditório formal, material e ampla defesa

O princípio do contraditório decorre do devido processo legal e possui uma dimensão formal e outra material, a primeira referindo-se ao direito de ciência e participação no processo e a segunda ao poder de influência e à vedação de decisão surpresa, que serão melhor detalhadas mais adiante. Essa dimensão material ou substancial do contraditório eliminou, para Fredie Didier, as diferenças que a doutrina antes apontava entre o contraditório e a ampla defesa, afirmando que os dois princípios, hoje, “[...] se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental”<sup>107</sup>, previsto no inciso LV do artigo 5º da CRFB/88.

<sup>105</sup> DIDIER JR., 2018, p. 114.

<sup>106</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Notas sobre o contraditório no projeto do novo CPC. **Migalhas**, Brasília, 14 ago. 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/184362/notas-sobre-o-contraditorio-no-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em: 23 maio 2021.

<sup>107</sup> DIDIER JR., *op. cit.*, p. 114.

### 3.1.1 O princípio do contraditório nas Constituições brasileiras

Queiroz dos Santos relata que “[...] o princípio do contraditório foi adotado *expressamente* apenas pela Constituição de 1988”<sup>108</sup>, esclarecendo que as Constituições brasileiras anteriores sempre asseguraram a ampla defesa para os processos, não o contraditório. Santos diz que a Constituição de 1937 inaugurou o termo “contraditória”<sup>109</sup>, que, todavia, se destinava ao processo penal, o que se repetiu na Constituição de 1946, na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969. A CRFB/88, dessa forma, inovou na ordem jurídica ao trazer o contraditório como um pilar processual civil.

Cuida-se, o contraditório, de um princípio fundamental processual previsto expressamente na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. A Constituição o assegura no seu artigo 5º, inciso LV, enquanto o CPC tem o contraditório como um dos seus eixos normativos, disciplinando-o nos artigos 7º, 9º e 10, além de outras normas ao longo do Código. Para Machado e Almeida, os direitos fundamentais não se resumem “[...] a mera autolimitação estatal para o agir individual na esfera privada”, exigindo, verdadeiramente, “[...] uma atuação ativa dos poderes públicos”<sup>110</sup>, o que significa dizer, dentro da ótica dos direitos fundamentais processuais, especificamente o contraditório, que a sua dimensão formal, embora muito importante, já que garante a ciência e a participação no processo, não é suficiente, exigindo a sua dimensão material, que retrata o direito de influência e impede, segundo Didier Jr., “[...] a prolação de decisão surpresa”<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> SANTOS, 2018, p. 53.

<sup>109</sup> Relata Santos “que foi somente na Constituição dos Estados Unidos do Brasil outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, em 10.11.1937, na data em que impunha a ditadura do Estado Novo, que o termo *contraditória* apareceu pela primeira vez no texto constitucional, mas, novamente, preocupado com o processo penal. Por seu turno, na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18.09.1946, houve novamente a previsão de que a instrução criminal seria contraditória. Oportuno dizer que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 15.03.1967 continha, em repetição às duas Constituições anteriores, a garantia da instrução criminal contraditória. Já a Emenda Constitucional 1, de 17.10.1969, que rigorosamente se tratou de uma nova Constituição, manteve *ipsis litteris* a redação da Constituição anterior, no que se refere ao tema. Nessa esteira, foi somente com a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988, que o princípio do contraditório foi assegurado expressamente para todos os processos e ganhou novos contornos” (SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 54-55).

<sup>110</sup> ALMEIDA, Jessica Teles; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Participação política: direito humano da mulher entre o público e o privado. **Conhecer**, Fortaleza, v. 9, n. 22, p. 154-169, 2019. p. 160. DOI: <https://doi.org/10.32335/2238-0426.2019.9.22.1001>. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/1001/1220>. Acesso em: 10 abr. 2021.

<sup>111</sup> DIDIER JR., 2018, p. 106.

### 3.1.2 *Contraditório formal e material*

Isso porque enquanto o contraditório formal indica essa barreira na atuação do Estado, que só pode adentrar na esfera individual do sujeito após dar-lhe ciência e permitir a sua participação, o contraditório material é o que sinaliza ao juiz o seu dever de zelar, efetivamente, pela defesa ao longo da relação processual, observando se há algum desequilíbrio e garantindo o direito de influência e a vedação de decisões surpresas. Percebe-se, assim, que o juiz também é um destinatário do contraditório, já que se exige dele uma participação ativa na condução do processo e a submissão às regras do jogo.

O protagonismo do contraditório na relação processual democrática é reconhecido por Darci Guimarães Ribeiro, que afirma se tratar do “[...] princípio processual constitucional mais valorizado dentro do projeto do novo CPC”<sup>112</sup>. Essa valorização decorre do fortalecimento da dimensão material do contraditório, que atrai a colaboração do juiz com as partes, privilegiando o processo cooperativo ao estimular (melhor seria dizer “exigir”?) o diálogo entre todos os sujeitos processuais.

A efetivação do contraditório formal exige o dever do juiz de informar acerca dos atos processuais que alcancem a outra parte, garantindo-lhes publicidade e possibilitando ao sujeito atingido, se assim o desejar, oferecer manifestação, apresentar pedidos, utilizar-se de meios legítimos de prova e recorrer da decisão que lhe agrave. Já a efetivação do contraditório material exige que toda a produção de conteúdo e provas elaborados pelas partes seja considerada pelo juiz de modo a influenciar a sua decisão, que não pode estar fundamentada em ponto sobre o qual os sujeitos processuais não se pronunciaram.

A decisão judicial só é válida se for produzida com observância ao contraditório, pois é o que garantirá à parte a entrega de “[...] tutela jurisdicional adequada para o caso concreto, por meio de um processo justo, equitativo ou devido”, nas palavras de Queiroz dos Santos, que reconhece como objeto do direito de ação “[...] a própria tutela jurisdicional”<sup>113</sup>. Isso significa dizer que o contraditório se aplica ao direito de ação, ao direito de defesa e à tutela jurisdicional, já que a legitimidade do processo passa tanto pelos seus meios quanto pelo seu resultado.

---

<sup>112</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013, p. 45.

<sup>113</sup> SANTOS, 2018, p. 43.

Note, assim, que quando falamos em ciência e participação (contraditório formal), pensamos muito na figura do réu, que desconhece a propositura de demanda contra a sua pessoa até que ocorra a citação. Já quando falamos em influência e vedação de decisão surpresa (contraditório material), torna-se mais fácil a compreensão da norma de maneira a alcançar todos os sujeitos do processo, inclusive o juiz.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>114</sup> defende a *participação* como um dos elementos essenciais ao contraditório<sup>115</sup>, que também tem como núcleo a influência, revelando, para Dinamarco, a “dupla destinação do contraditório”, como o direito da parte de ter ciência, participar (se assim o desejar) e trazer aos autos argumentos e provas de sua veracidade, e, ainda, o dever do juiz de julgar a causa com base em dados concretos produzidos ao longo da instrução, sendo-lhe vedada a prolação de decisão surpresa.

O direito de influência é o direito à deliberação entre as partes e o juiz e entre os sujeitos do processo entre si. O diálogo está em consonância com o princípio da cooperação disposto no artigo 6º do CPC, que tem como fundamento o direito ao processo justo. Essa conversa processual deve ocorrer como uma troca permanente necessária à efetivação da tutela jurisdicional, que busca entregar o bem material àquele que possui o direito à sua satisfação. Álvaro Mirra defende, inclusive, que parte da doutrina “[...] alude ao princípio do diálogo como um dos novos princípios do Direito Processual emergentes no século XXI, ao lado dos princípios da lealdade e da celeridade”<sup>116</sup>.

O diálogo, como dito, é permanente, não eterno, logo, não pode permitir dilações indevidas, ofendendo a duração razoável do processo. Deve, portanto, focar nas questões relevantes da demanda, atuando o juiz de maneira a coibir práticas abusivas que visam, tão somente, o prolongamento dos atos no tempo, inclusive com as penalidades previstas no Código de Processo Civil, enfatizando Dinamarco a preocupação da norma processual civil na promoção do princípio da eticidade, que já regia o Direito Civil como um dos seus pilares de sustentação desde a promulgação do Código Civil de 2002.

Dessa forma, tem-se o artigo 79 do CPC como exemplo de “[...] responsabilidade das partes por dano processual”, conforme título da Seção II onde se insere o dispositivo legal

<sup>114</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: JusPodivm, 2020, p. 286.

<sup>115</sup> Ao longo do trabalho preferiu-se utilizar a expressão *ciência e participação* para identificar o contraditório formal, visto que o que o Estado pode garantir é a *ciência* do ato e os elementos suficientes à *atuação* do sujeito, encontrando-se a *participação* na sua esfera de interesse e deliberação, podendo ou não ser por ele exercida.

<sup>116</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A importância do contraditório no processo coletivo ambiental. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/ambiente-juridico-importancia-contraditorio-processo-coletivo-ambiental>. Acesso em: 26 maio 2021.

em referência. A ofensa por qualquer um dos sujeitos do processo (autor, réu ou terceiro) à boa-fé processual é penalizada nos termos do artigo 81 do CPC, considerando-se litigante de má-fé aquele que incorra em qualquer uma das condutas previstas no artigo 80 da norma processual civil ou outra disposta ao longo do Código. Eventual dano processual causado pelo Ministério Público ou juiz deverão ser punidos na forma dos artigos 181 ou 143 do CPC, respectivamente.

Isso tudo porque o direito de influência exige para a sua realização que haja condições adequadas ao seu exercício, razão pela qual Fredie Didier Jr.<sup>117</sup> afirma inexistir, hoje, divergência entre o princípio do contraditório e a ampla defesa, já que esta representa, atualmente, a dimensão material do contraditório. Queiroz dos Santos discorda desse posicionamento e sustenta que a ampla defesa distingue-se do contraditório por representar a “[...] garantia das partes de terem condições adequadas, efetivas e concretas de deduzirem as alegações que sustentam a pretensão ou a defesa, bem como contraditar as contrárias antes de os efeitos decorrentes da decisão judicial possam ser sentidos pela parte adversa”<sup>118</sup>, o que, todavia, longe de negar a concepção de Didier Jr., a confirma, já que retrata em palavras precisas o contraditório material.

O direito de influência só existe se forem entregues às partes as condições necessárias de interferir, legitimamente, no resultado da tutela jurisdicional. Essas condições englobam o direito de manifestação, prova, recurso, paridade de armas, dilatação de prazos, assistência jurídica gratuita, diálogo e cooperação entre outros. Luiz Rodrigues Wambier fala na necessidade de se “[...] dar às partes as mesmas condições para que possam influenciar a convicção judicial” num verdadeiro diálogo entre os sujeitos processuais costurados pelo princípio da cooperação, que Wambier diz não integrar o contraditório, tratando-se de “princípios coirmãos”<sup>119</sup>.

### ***3.1.3 Ampla defesa***

Há uma verdadeira preocupação no direito de influência com as condições adequadas à manifestação das partes, dentro daquilo que sempre se identificou como sendo próprio da ampla defesa, dessa forma, quando se associava o contraditório somente à sua dimensão formal, fazia sentido distinguir os dois princípios, conforme lição da doutrina

---

<sup>117</sup> DIDIER JR., 2018, p. 114.

<sup>118</sup> SANTOS, 2018, p. 47.

<sup>119</sup> WAMBIER, 2013, *online*.

tradicional lembrada por Fredie Didier Jr.<sup>120</sup>. Todavia, tão logo se reconheceu dentro do escopo do contraditório o direito de influência e a vedação de decisão surpresa, tornou-se razoável a assertiva de Didier Jr., que afastava as diferenças entre contraditório e ampla defesa, afirmando que esta última corresponderia à dimensão material daquele.

Destaque-se que a importância do reconhecimento da dimensão material do contraditório, muito embora, como Didier aponta, cuidasse de conceito já alcançado em certa medida pela ampla defesa, decorre da associação da democracia no âmbito do processo civil à efetivação do contraditório. Enquanto ao contraditório fosse reconhecida apenas a sua esfera formal, poder-se-ia argumentar que o funcionamento democrático do processo estava garantido pela ciência e participação das partes, quando é certo que o contraditório formal não impede a possibilidade de julgamentos surpresas. Somente com a dimensão material do contraditório dissiparam-se quaisquer dúvidas acerca do direito de influência e vedação de decisão surpresa como indispensáveis ao processo cooperativo, à concretização do contraditório e, conseqüentemente, ao funcionamento democrático do processo civil brasileiro.

Pellegrini, Carvalho e Guimarães relatam que na doutrina italiana Andolina e Vignera defendiam que “[...] o contraditório é uma relação entre as partes, ao passo que o direito de defesa é uma relação entre alguma das partes e o juiz”<sup>121</sup>, diferença que, muito embora rejeitada por Pellegrini, Carvalho e Guimarães frente a uma alegada incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, acaso existisse no ordenamento brasileiro, também restaria hoje prejudicada, já que o direito de influência (contraditório material) retrata, verdadeiramente, a relação entre todos os sujeitos processuais, incluindo o magistrado, que atua ativamente no diálogo necessário à efetivação do princípio da cooperação trazido no artigo 6º do CPC.

Ao reconhecerem a ampla defesa como “[...] a garantia das partes de amplamente argumentarem”, participando da “[...] construção da decisão (contraditório)”, por meio da

---

<sup>120</sup> Segundo Fredie Didier Jr., “[...] tradicionalmente, a doutrina distinguia ambas as garantias, embora reconhecesse que entre elas havia forte conexão. Bem ilustrativo desta concepção é o entendimento de Deslomar Mendonça Jr.: ‘... são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente, é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. [...] O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório’” (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 114).

<sup>121</sup> PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros; CARVALHO de, Marius Fernando Cunha; GUIMARÃES, Natália Chernicaró. O princípio da ampla defesa – uma reconstrução a partir do paradigma do estado democrático de direito. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 14., 2015, Manaus. **Anais** [...]. Manaus: CONPEDI, 2015, p. 7. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/123.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

formulação de “[...] todos os argumentos possíveis para a formação da decisão”<sup>122</sup>, Pellegrini, Carvalho e Guimarães aproximam-se do posicionamento de Queiroz dos Santos que, aparentemente, todavia, não consegue infirmar a conclusão de Didier Jr., uma vez que ao conceituarem a ampla defesa, acabam, também, por definir o contraditório material.

### **3.1.4 O juiz como sujeito do contraditório**

O direito de influência é o que permite que chegue até o juiz todas as circunstâncias relevantes para o deslinde do feito, ao mesmo tempo que impede que delas o magistrado se afaste, visto que a tutela jurisdicional há de ser efetiva e transparente, com a entrega do direito material a quem o possui a partir de meios que conduzam a regularidade do processo, garantindo a todos os sujeitos a participação em igualdade de armas, bem como o diálogo e a cooperação ao longo da relação processual, que não deve se estender *ad eternum*, mas, ao contrário, durar o tempo razoável para a sua solução.

O desenvolvimento do processo segundo regras que deverão ser aplicadas igualmente a todos os sujeitos da relação processual, inclusive o juiz, que é, também, sujeito do contraditório, é exigido pelo direito de influência, que traduz, em conjunto com o direito de ciência e participação, expressões do contraditório formal, a democracia no processo, legitimando eventual restrição de liberdade imposta na decisão judicial.

O contraditório material afasta a concepção do juiz como titular do processo, já que a decisão é proferida diante dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados pelas partes e, ainda, da análise das provas constante dos autos, numa manifestação do direito de influência e vedação de decisão surpresa. O magistrado, como dito, é sujeito do contraditório e o processo é o procedimento que se desenvolve em ampla participação e diálogo dentro de um ambiente de colaboração.

---

<sup>122</sup> PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros; CARVALHO de, Marius Fernando Cunha; GUIMARÃES, Natália Chernicaró. O princípio da ampla defesa – uma reconstrução a partir do paradigma do estado democrático de direito. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 14., 2015, Manaus. **Anais** [...]. Manaus: CONPEDI, 2015, p. 11. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/123.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

### **3.2 Desmembrando o contraditório material: o direito de influência das partes e a vedação de decisão surpresa**

A dimensão material do contraditório pode ser desmembrada em duas partes, referindo-se a primeira ao direito de influência e a segunda à vedação de decisão surpresa, conforme dispostos nos artigos 9º e 10 do CPC.

#### **3.2.1 O direito de influência**

Traduzindo em poucas palavras, o direito de influência é a garantia da parte de ver seus argumentos e provas analisados pelo juiz como forma de chegar à solução final da lide. É inquestionável que dentro de uma sociedade pluralista e complexa as demandas são inúmeras e vastas, sendo certo, todavia, que nesse oceano de ações judiciais, há causas que se repetem, o que aumenta o risco de particularidades se perderem entre argumentos genéricos que reproduzem julgados semelhantes. Como lidar com esse risco? Garantindo a efetivação do contraditório para que a parte consiga influir, legitimamente, na decisão.

Há de se reconhecer, assim, que o direito de influência da parte é o dever de ouvir do Juiz, que deve, necessariamente, julgar o feito com base nos elementos constantes nos autos do processo, sob pena de não motivação da decisão, nos termos do parágrafo 1º do artigo 489 do CPC. Marinoni, Arenhart e Mitidiero falam não num “dever de ouvir”, mas num “dever de interpretar”, esclarecendo que “[...] interpretar significa individualizar possíveis significados dos fatos, das provas e dos textos”<sup>123</sup>. A palavra-chave aqui é “individualização”, já que fundamental é, verdadeiramente, individualizar a matéria levada à apreciação, uma vez que a lei, frente à sua natureza genérica, não regula as especificidades que podem apontar em direção oposta ao de algum precedente invocado.

Ainda que se trate de questão idêntica àquela fixada em precedente ou enunciado de súmula, caberá ao juiz pormenorizar essa identidade, visto que a individualização do caso se presta não somente para apontar divergências, mas, também, para identificar semelhanças, a teor do que dispõem os incisos V e VI do § 1º do artigo 489 do CPC.

A fundamentação da decisão é o que permite o conhecimento das razões de convencimento do magistrado, possibilitando a interposição de eventual recurso pela parte inconformada. Quando se está diante da hipótese abstrata da lei, tem-se uma ilusória crença na

---

<sup>123</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 575.

pacificação social, que se desfaz à medida em que os conflitos surgem e as dúvidas quanto ao alcance da norma não permitem uma solução fácil.

É o caso, por exemplo, das antinomias reais que, de maneira diversa das antinomias aparentes, não se resolvem pelos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade. O sistema jurídico obedece a uma ordem, dentro da qual se situam as normas superiores e as inferiores, as normas gerais e as especiais e as normas revogadas e as revogadoras. Isso traz coesão e unidade ao sistema, que permite pacificar os seus conflitos com base em critérios pré-definidos, para que as soluções não sejam díspares.

Observa-se, dentro desse sistema coeso e uno, por exemplo, que a norma inferior não deve afrontar a norma superior e, se isso acontecer, o critério hierárquico de normas decide pela prevalência da norma hierarquicamente superior. Quando, todavia, o conflito entre normas não puder ser resolvido pelos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade, teremos uma hipótese de antinomia real, que não poderá ser solucionada pela aplicação de uma “meta-regra-geral”, como adverte Maria Helena Diniz<sup>124</sup>, devendo a situação ser analisada caso a caso para que o Judiciário alcance uma decisão, esclarecendo Diniz que para Bobbio há sempre uma prevalência natural da norma hierarquicamente superior, afirmação, todavia, não pacificada no âmbito da doutrina.

Existem, também, situações não previstas pela lei, momento em que deverá haver a integração da norma, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que diz que “[...] o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, revelando que o ordenamento não admite a não entrega da prestação jurisdicional, conforme dispõe o artigo 140 do CPC.

O artigo 4º da LINDB, como dito, trata dos métodos de integração normativa, possíveis de aplicação sempre que a atividade de subsunção não for possível, seja pela existência de antinomia real, seja pela omissão legislativa. Não há necessidade de observância à ordem ali disposta, principalmente diante da nova hermenêutica jurídica que traduz a prevalência dos princípios frente à sua necessidade de efetivação, além da possibilidade de aplicação da jurisprudência e súmulas vinculantes, hipóteses não previstas na LINDB, mas de todo reconhecida em nosso ordenamento.

Sobre a importância dos princípios, Cateb e Borba afirmam o seu protagonismo no ordenamento jurídico, deixando de atuar como “[...] meros meios de integração do direito

---

<sup>124</sup> DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40-53.

(frente às lacunas)”<sup>125</sup>, para servirem como parâmetros de interpretação e aplicação das normas, o que significa dizer que uma regra violadora de algum princípio constitucional não pode ser aplicada, assim como a inexistência de regra que discipline algum direito fundamental não é óbice para a sua realização a partir da normatividade dos princípios.

O parágrafo único do artigo 140 do CPC prevê, ainda, a possibilidade de decisão por equidade, que, num primeiro momento, poderia acreditar-se não se tratar de método de integração por não estar previsto no artigo 4º da LINDB, todavia, conforme esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>126</sup>, a sua não inclusão na LINDB não retira a sua função integrativa, mas, tão somente, revela que a sua aplicação não será possível sempre que houver uma omissão, mas, tão somente nos casos previstos em lei, como bem afirma a norma processual civil.

Nery Junior e Andrade Nery, inclusive, defendem a limitação do julgamento por equidade aos casos previstos em lei, afirmando não se poder confundir a equidade com razoabilidade e, dessa forma, permitir que o juiz decida todas as causas assim, visto que isso facilitaria o arbítrio, o que é contestado por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para quem “[...] no Estado Constitucional, a equidade revela-se como algo inerente ao ato de julgar. Trata-se de mais um elemento que deve ser considerado quando da conformação da lei para compreensão e decisão do caso concreto levado a juízo”<sup>127</sup>.

Somos seres sociais, políticos e em conflito (potencial ou efetivo)<sup>128</sup> e essa condição nos impõe o estabelecimento de normas e a sua obediência para que possamos viver em

<sup>125</sup> CATEB, Alexandre Bueno; BORBA, Alderico Kleber de. Papel do juiz no estado constitucional mediante análise econômica do direito. *In*: CATEB, Alexandre Bueno; GABRICH, Frederico de Andrade; SZTAJN, Rachel (org.). **Análise econômica e estratégica do direito**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, v. 9, p. 181.

<sup>126</sup> NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 641.

<sup>127</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 275.

<sup>128</sup> Em artigo intitulado Fenômeno e conflito: Sexto contra Porchat, Vítor Hirschbruch Schwartz cita Porchat que afirma: “‘aparece-me que o mel é doce, que o fogo queima, aparece-me que é noite agora, aparece-me que ceticismo e dogmatismo são posturas filosóficas distintas, que faz bastante tempo que Sócrates bebeu a cicuta etc. e a cada um de nós aparece que muito do que nos aparece também aparece em comum a outros homens. Aparece-nos que o mundo de que fazemos parte se dá a nós e a nossos semelhantes numa experiência comum, isto é, aparece-nos que nossa experiência-de-mundo e as experiências-de-mundo de outros seres a nós muito semelhantes, os humanos, se interseccionam em larga escala e têm muito de comum. Em A.M. VIII, 8, Sexto nos relata ter Enesidemo (filósofo cético provavelmente do século I A.C., a quem se deve a revivescência da tradição pirrônica) dito que certas coisas aparecem de modo comum (*koinôs*) a todos, outras aparecem particularmente a alguém. Passagens inúmeras em toda a obra de Sexto assumem esse caráter frequentemente comum dos fenômenos. Por isso, o cético passa espontaneamente do “aparece-me que” ao “aparece-nos que”. Podemos dizer que a experiência do “nós” é imediatamente vivida na experiência do fenômeno. A experiência do mundo se nos dá, em bem grande medida, como intersubjetiva. O ceticismo grego nunca enveredou pelos caminhos do solipsismo, nem mesmo metodológico. (Porchat, 2006, p. 303)”. (SCHVARTZ, Vítor Hirschbruch. Fenômeno e conflito: sexto contra Porchat. **Revista Discursos**, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 181-192, 2020, p. 186. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.2020.181248>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/181248>. Acesso em: 31 maio. 2021).

sociedade. A ideia de limitação da liberdade, como dito, assim como a ideia de autoridade, convive com os princípios liberais e democráticos de nosso Estado, desde que sejam legítimos. No processo, uma das formas de alcançar essa legitimidade e evitar arbitrariedades, é por meio do contraditório, que ao promover o diálogo e a participação, garante à parte o direito de influenciar o julgamento, impedindo a prolação de decisão surpresa pelo juiz, diante da existência de vedação sentido.

O direito de influência torna-se bastante evidente no artigo 371 do CPC, que dispõe que “[...] o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, uma vez que, muito embora não vincule o julgador a um elemento probatório, impede que ao valorar as provas produzidas, o magistrado deixe de considerar os argumentos da parte em sua decisão. Streck, Delfino e Lopes<sup>129130</sup> defendem que o artigo 371 do CPC aboliu o sistema do livre convencimento trazido no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973<sup>131</sup>, afirmação de que discordam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para quem o juiz poderá apreciar “[...] livremente, sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento *a priori*. Ao valorar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento”<sup>132</sup>.

A manifestação do princípio do contraditório no citado artigo 371 do CPC é reconhecida por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para quem “[...] a observância de um modelo de apreciação da prova é uma questão prévia, de direito, exige contraditório das partes e

<sup>129</sup> STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Ainda sobre o livre convencimento: resistência dos tribunais ao novo CPC. In: ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (org.). **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 12.

<sup>130</sup> Segundo esclarecem Streck, Delfino e Lopes: “a questão do ‘livre convencimento’ do juiz surge no contexto dos *sistemas de valoração da prova*, daí se espraiando por toda a concepção de jurisdição, dos poderes e deveres do juiz no processo. A doutrina costuma classificar tais sistemas segundo as seguintes designações: i) íntima convicção; ii) prova tarifada, iii) livre convencimento motivado. [...]. Falar em *livre convencimento motivado* é claramente articular sobre racionalidade, conhecimento, verdade, justificação, e nisso o discurso jurídico desliza sobre pressupostos filosóficos. A eliminação dos extremos é menos controversa, já que a íntima convicção e a prova tarifada flertam com concepções jusfilosóficas ultrapassadas (formas primitivas de realismo jurídico e positivismo jurídico). Só que nre um extremo e outro sobra muita coisa. Daí que remeter-se a um vago meio-termo ainda é dizer muito pouco sobre questão tão complexa” (STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Ainda sobre o livre convencimento: resistência dos tribunais ao novo CPC. In: ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (org.). **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 3-5).

<sup>131</sup> “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013], art. 131. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em: 30 maio 2020).

<sup>132</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 467.

motivação na sua eleição pelo julgador”<sup>133</sup>, revelando, para Streck, Delfino e Lopes, uma “preocupação maior” da norma processual civil, “o aprofundamento democrático do direito brasileiro”, que não autoriza “qualquer convencimento”, “qualquer motivação”<sup>134</sup>, exigindo, sim, a transparência da decisão por meio da efetivação do direito de influência.

Daí o porquê da sugestão feita por Streck à Comissão de Juristas da Câmara de Deputados quando da elaboração do Código de Processual Civil vigente – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, de retirada da expressão “livremente” constante do artigo 131 do CPC/73<sup>135</sup>, que registra ter contado com a concordância dos juristas Fredie Didier, Luiz Henrique Volpe e Dierle Nunes, tendo, ao final, o artigo 371 do CPC/15, deixado de constar a expressão que favorecia, no entendimento de Streck<sup>136</sup>, a subjetividade do juiz.

Há no detalhe de uma palavra, no caso, da supressão de uma palavra, a afirmação da opção democrática feita pela norma processual civil que, na escolha de limitar a subjetividade do juiz, fortalece o direito de influência da parte, exigindo a efetivação do contraditório e o dever de fundamentação da decisão. As opiniões pessoais do magistrado sobre determinada matéria podem ser manifestadas, mas não dentro do processo, devendo, nesse caso, valer-se de artigos, palestras ou entrevistas para expressar aquilo que lhe preocupa. O espaço do processo é próprio para a decisão judicial, que não comporta subjetivismos. Jurisprudência não é doutrina e doutrina não é opinião, é ciência, de maneira que cada uma dessas esferas, exige um comportamento adequado ao seu reconhecimento e validade.

A legitimidade da decisão é garantida pelo direito de influência, já que, como alertam Streck, Delfino e Lopes, é o que estabelece “[...] controles públicos sobre o próprio conteúdo da jurisdição”<sup>137</sup>, trazendo transparência ao processo. Não custa afirmar, mais uma vez, que democracia é participação com diálogo, autoridade e transparência, visto que não se pode falar em liberdade e igualdade dentro de um ambiente de manipulação.

<sup>133</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 467.

<sup>134</sup> STRECK; DELFINO; LOPES, 2017, p. 5.

<sup>135</sup> O artigo 131 do CPC/73 possuía a seguinte redação: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constante dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013], art. 131. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em: 30 maio 2020), enquanto o artigo 371 do CPC/15, suprimindo a expressão “livremente”, afirma que “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021], art. 371. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 12 maio 2021).

<sup>136</sup> STRECK; DELFINO; LOPES, *op. cit.*, p. 12.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 19.

A participação com diálogo é o contraditório formal e material, a autoridade é aquela que provém da norma e a transparência, enfim, do respeito às regras e princípios dispostos em nosso ordenamento jurídico. Não se cuida o processo de proteger interesses pessoais, mas sim de garantir a observância ao sistema normativo que disciplina a nossa sociedade. O Direito não se apoia na moral ou na religião, retirando a sua legitimidade da ordem jurídica que, para funcionar, deve ser observada, daí a importância do poder de coerção que possui o Estado. Esse “dever de observância”, dentro do processo, passa pelas partes e pelo juiz, significando que todos são sujeitos do contraditório, atribuindo-se às partes o direito de influência e ao julgador o dever de não proferir decisão surpresa.

A “influência”, muitas vezes vista com desconfiança pelos operadores do direito, interpretando-a como algo ilegítimo por colocar em desvantagem o sujeito que não teria tantas “relações” e “acesso” às autoridades, agora é desmistificada, traduzida como técnica processual, isto é, como o direito pertencente a todos os participantes do procedimento que se desenvolve em contraditório, de expor os seus argumentos, produzir provas e vê-los efetivamente considerados na decisão judicial. “Influência” nada mais é do que argumentação jurídica sobre os fatos e os fundamentos que precisam ser analisados pelo juiz quando da prolação de decisão. É direito das partes e dever do juiz.

Dentre todas as atividades permitidas aos demandantes como capazes de influir na decisão judicial, nenhuma pode violar o ordenamento jurídico. O direito de influência é algo legítimo e objetiva entregar ao juiz os fatos e os fundamentos jurídicos suficientes à formação do seu convencimento. O exercício do contraditório é regido pelo princípio da eticidade, um dos pilares do Código Civil de 2002, junto com os princípios da socialidade e da operabilidade. Isso significa dizer que as normas de nosso ordenamento são pautadas pela boa-fé objetiva (eticidade), rejeitando uma visão individualista do sistema, que deve obedecer à sua função social (socialidade), promovendo, ainda, a compreensão e a aplicação das regras e dos princípios (operabilidade).

No estudo do funcionamento democrático do processo é importante destacar a importância tanto da boa-fé objetiva quanto da boa-fé subjetiva, já que, muito embora o que o princípio da eticidade vede é a violação à boa-fé objetiva, ou seja, à conduta externada, independentemente da ausência ou presença da intenção de agir de maneira desvirtuada, não há de se descuidar da necessidade de alinhamento entre intenção e conduta no exercício do direito de influência, que permite às partes trazer a sua versão dos fatos e a sua interpretação dos fundamentos jurídicos, tudo corroborado pelas provas realizadas ao longo da instrução.

Machado Segundo e Machado demonstram a importância do direito de prova para o exercício da influência, afirmando que “[...] antes de ser um importante desdobramento do princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, [...] é consequência direta da própria ideia de Estado de Direito”,<sup>138</sup> o que significa dizer que a verdade processual e o direito ao processo justo passam, necessariamente, pela possibilidade de as partes produzirem provas.

### 3.2.2 A vedação de decisão surpresa

A vedação de decisão surpresa decorre do direito da parte de influir. Humberto Theodoro Júnior afirma que “[...] o contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso”<sup>139</sup>. A proibição trazida no artigo 10 do CPC revela que ao magistrado não é possível decidir sobre questão definitiva sem prévia manifestação das partes. O juiz pode muita coisa, mas não pode tudo: pode agir sem a provocação das partes em determinados casos, numa exceção ao princípio da inércia, pode aplicar sanções e pode decidir com base em argumento não discutido pelos sujeitos processuais, todavia, em relação aos dois últimos poderes, deve, necessariamente, ouvir as partes, sob pena de nulidade do ato jurisdicional.

Isso significa dizer que a decisão judicial só é legítima quando se fundamenta em fatos e argumentos jurídicos sobre os quais as partes tiveram oportunidade de conhecer e se manifestar. Acaso o juiz observe, no momento da prolação da sentença, questão jurídica relevante ao deslinde da matéria que não foi objeto de análise pelos sujeitos processuais, deve, neste momento, converter o feito em diligência para oportunizar às partes prazo razoável para manifestação sobre o ponto a ser devidamente identificado em seu despacho. A necessidade de “prazo razoável” decorre do fato de que as manifestações devem ser permitidas de maneira adequada à efetivação do contraditório.

<sup>138</sup> MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2016, p. 268.

<sup>139</sup> THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 70. O autor defende ainda que “[...] o ‘processo justo’, como adverte Comoglio (2004b, p. 352), não convive com a possibilidade de julgamentos ‘de surpresa’, qualquer que seja o seu conteúdo” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 64-71, jan./jun. 2010, p. 71. DOI: <https://doi.org/10.4013/4776>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>. Acesso em: 31 maio 2021).

O que acontece é que, enquanto no espaço político a democracia participativa, por exemplo, só é concretizada com a efetiva participação popular, que é garantida não pela simples realização de plebiscito ou referendo, mas pela comprovação de que a consulta foi amplamente divulgada, as urnas de votação foram igualmente distribuídas pelas diversas regiões e, principalmente, o resultado será considerado pelos governantes e não manipulado para justificar as suas políticas eleitorais, no espaço processual, o funcionamento democrático exige que o juiz não apenas permita às partes oportunidade para se manifestarem sobre ponto importante ao deslinde da lide, mas, principalmente, que seja concedido tempo hábil para tanto e que todos os argumentos trazidos sejam efetivamente considerados, o que não quer dizer acolhidos, mas sim apreciados.

Ao ouvir as partes como forma de evitar uma decisão surpresa, o juiz não está pré-julgando a matéria, mas sim reunindo elementos para a formação de sua convicção. Não se trata de apontar o caminho e dizer que a ação será julgada neste ou naquele sentido e acabou, mas sim de identificar ponto importante à solução da matéria, que exige pronunciamento das partes para justificar a decisão, sob pena de nulidade por ofensa ao contraditório. Corrêa e Schmitt advertem que, na verdade, “[...] o juiz que propositadamente deixa de submeter a sua visão jurídica preliminar ao debate com as partes já está prejudgando a causa, por inadmitir a possibilidade de sobrevir tese contrária que lhe possa alterar o entendimento”<sup>140</sup>. O direito ao processo justo passa, necessariamente, pelo debate em contraditório, que é a única forma de se congregarem várias visões jurídicas a respeito da matéria e, com isso, aproximar-se o máximo possível da verdade<sup>141</sup>.

A vedação à decisão surpresa trazida no artigo 10 do CPC inaugura a ordem processual ao prever expressamente regra implícita do ordenamento anterior. Como assevera Juvêncio Viana, “[...] cuida-se de norma inspirada em outras análogas do direito estrangeiro, v.g., francês”<sup>142</sup>, que se encontra expressa em outros dispositivos ao longo do Código, a

<sup>140</sup> CORRÊA, Caetano Dias; SCHMITT, Victor Machado. A vedação às decisões-surpresa no novo Código de Processo Civil: a concretização do direito fundamental ao contraditório substancial. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 23, n. 2, p. 28-52, maio/ago. 2018, p. 47. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21065>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1065/543>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>141</sup> Marcelo Stopanovski fala que no Direito, “o objeto informacional por excelência deste campo, a prova, depende da sua mensuração para ser trazida à realidade, ao caso concreto. Tal assertiva explica a possibilidade de que um mesmo fato mensurado por observadores diferentes gere objetos diferentes, a acusação e a defesa está observando o mesmo objeto, ou não?” (STOPANOVSKI, Marcelo. *Dá-me os dados que te darei o direito - dentro das incertezas*. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/suporte-litigios-me-dados-te-darei-direito>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>142</sup> VIANA, 2018, p. 23.

exemplo do artigo 772, inciso II; artigo 77, § 2º; artigo 493, parágrafo único e artigo 933. Vejamos, por sua importância ao tema, o que prescrevem cada um dos dispositivos indicados.

O artigo 772, inciso II, do CPC, traz o dever de advertência do juiz ao executado que pratica ato atentatório à dignidade da justiça, enquanto o artigo 77, § 2º, do dispositivo legal em referência, trata, também, da aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça, só que no processo de conhecimento. Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que “[...] não constitui condição de eficácia da aplicação da multa de que trata o art. 774, parágrafo único, CPC, a prévia advertência judicial”<sup>143</sup>, opinião da qual discorda Fredie Didier, que afirma que em ambos os casos, a ausência de advertência atrai a invalidade da multa “[...] por desrespeito ao princípio do contraditório”<sup>144</sup>.

Já os artigos 493, parágrafo único e 933, ambos do CPC, tratam da ocorrência de fato novo e a necessidade de concessão de prazo, pelo juiz e pelo relator do recurso, respectivamente, para a manifestação da parte. Cuidam-se ambos os dispositivos de “[...] concretização da regra geral prevista no art. 10 do CPC”<sup>145</sup>, como adverte Didier Jr.

A necessidade de oitiva das partes como reflexo da vedação de decisão surpresa não retira a autonomia do juiz de decidir a causa com base em fundamentos jurídicos diversos daqueles apresentados na ação, desde que sobre eles tenha sido oportunizado prazo para manifestação. O princípio do contraditório veda a decisão surpresa, não o poder-dever do juiz de aplicar a lei ao caso concreto, logo, ainda que se trate de norma não invocada pelas partes, ao magistrado é lícito aplicá-la, desde que abra prazo para manifestação dos sujeitos processuais. Isso vale, também, para as matérias que podem ser conhecidas de ofício, conforme exegese da parte final do artigo 10 do CPC.

Eis o que identifica, para Corrêa e Schmitt “[...] o preciso significado do dever do juiz de observar ele próprio o contraditório e de ser paritário na condução do processo. Da mesma forma que as partes, deve submeter ao debate processual as suas visões jurídicas”<sup>146</sup>. Com efeito, assim como não é lícito às partes levar alguma questão importante ao conhecimento do juiz por meio de memoriais entregues em gabinete e não juntado aos autos do processo, por exemplo, na tentativa de influir no julgamento sem a oitiva do sujeito contrário sobre aquele ponto, ao juiz não se permite que, diante de questão importante à solução jurídica, retire das partes o seu poder de influência.

---

<sup>143</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 843.

<sup>144</sup> DIDIER JR., 2018, p. 107.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>146</sup> CORRÊA; SCHMITT, 2018, p. 42.

A vedação de decisão surpresa é o reforço do direito de influência e engloba, como esclarecem Corrêa e Schmitt, “[...] tanto o que se convencionou tratar como matérias de fato quanto matérias de direito, cognoscíveis de ofício pelo juiz, assim como eventual visão jurídica do órgão jurisdicional diversa da manifestada pelas partes”<sup>147</sup>. É isso o que permitirá o diálogo entre as partes dentro de um processo cooperativo, onde o convencimento do juiz seja formado pelo debate franco e transparente das questões fáticas e jurídicas relevantes ao deslinde do feito.

É de Leonardo Faria Schenk a advertência de que há para os julgadores “[...] o dever de dialogar com as partes e de não surpreendê-las”<sup>148</sup>. A vedação de decisão surpresa retrata um poder-dever do magistrado que está intrinsecamente ligada à cooperação, pois, somente por meio da promoção do debate o juiz efetivará o contraditório e garantirá às partes o direito ao processo justo.

### 3.3 A cooperação como pressuposto do processo justo

O devido processo legal é, em certa medida, o direito ao processo justo, sendo que “[...] o modelo do nosso processo justo é o modelo cooperativo”, como esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero<sup>149</sup>. Isso significa dizer que todos os sujeitos processuais, inclusive o juiz, são destinatários do contraditório, o que termina por estimular o diálogo e a participação, enfraquecendo o arbítrio. Para Didier Jr., a “[...] nova dimensão do princípio do contraditório redefine o modelo do processo civil brasileiro”<sup>150</sup>, que passa a ser cooperativo, trazendo um maior equilíbrio e legitimidade às decisões.

O Estado Constitucional de Direito fortalece o indivíduo e não o governante, de maneira que as leis editadas sob a égide de uma Constituição servem para libertar o povo e limitar o Poder, garantindo aos cidadãos a defesa e gozo de seus direitos fundamentais. A mesma lógica pode ser aplicada ao processo, no sentido de que as normas processuais servem à realização do direito material e não à ampliação dos direitos do Estado, sendo necessário que os sujeitos do processo atuem de maneira cooperativa e segundo os critérios da boa-fé objetiva para que a justiça do caso concreto seja alcançada.

---

<sup>147</sup> CORRÊA; SCHMITT, 2018, p. 44.

<sup>148</sup> SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e cognição sumária. **REDP**: Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 552-582, 2014, p. 554. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11924/9337>. Acesso em: 2 jun. 2021.

<sup>149</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 187.

<sup>150</sup> DIDIER JR., 2018, p. 111.

### 3.3.1 Os deveres impostos pelo princípio da cooperação

Ao falarmos de processo cooperativo, devemos analisar os papéis dos seus sujeitos segundo os pressupostos social, lógico ou ético. Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que “[...] os deveres de esclarecimento e de consulta respondem principalmente aos pressupostos lógicos e éticos”<sup>151</sup>, que seriam, respectivamente, a compreensão do direito como um processo interpretativo que impõe a participação do legislador e do magistrado, bem como, a exigência de que os atores do processo pautem suas condutas pela boa-fé subjetiva e objetiva. Já “[...] os deveres de prevenção e de auxílio descendem diretamente do pressuposto social do modelo”<sup>152</sup>, que impede que o Estado adote uma postura de contemplação e entregue às partes a responsabilidade pela condução de um processo devido, regular e justo, exigindo a sua atuação positiva neste sentido.

A cooperação impõe os deveres de esclarecimento e de consulta, bem como, de prevenção e de auxílio, o que significa dizer que, diante de alguma dúvida acerca do alcance de uma afirmação das partes ou da sequência de fatos importantes à solução da lide, por exemplo, deve o juiz oportunizar prazo para que esclareçam os pontos especificamente questionados (dever de esclarecimento), bem como, diante de qualquer defeito na manifestação, deve o magistrado alertar e possibilitar prazo para a emenda da petição (dever de prevenção), e, ainda, frente à identificação de matéria de ordem pública, exige-se que seja oportunizado prazo para a manifestação das partes (dever de consulta) assim como eventual desequilíbrio no processo impõe a sua reparação, como a necessidade de dilatação de prazo diante da complexidade dos documentos juntados à inicial, que permite às partes socorrer-se do auxílio do judiciário (dever de auxílio).

Esses deveres do juiz indicam, de certa forma, a importância da *prudência* na atuação do judicial, esclarecendo Vinicius Holanda Melo e Antonio Jorge Pereira Júnior<sup>153</sup> tratar-se da “aptidão para o julgamento com sagacidade/inteligência”, algo que depende não de um poder divino, mas da análise concreta e efetiva dos argumentos de fato e de direito, bem como, das provas produzidas nos autos. Melo e Pereira Junior relatam que a associação entre prudência e “capacidade de julgamento do bom e do conveniente”<sup>154</sup> é algo que remete à Antiguidade, havendo registro dessa percepção nas obras de Platão e Aristóteles.

<sup>151</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 152.

<sup>152</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, *loc. cit.*

<sup>153</sup> MELO; PEREIRA JÚNIOR, 2020, p. 5.

<sup>154</sup> Segundo os autores, “a prudência também representa a moderação entre paixões e desejos do indivíduo. A liberdade deve ser utilizada de forma consciente e responsável, pois, o seu exercício de forma indistinta, poderá

Sem ignorar o sentido moderno muitas vezes atribuído de maneira negativa à prudência, como sinônimo de “covardia/medo”<sup>155</sup>, Melo e Pereira Junior trazem aos deveres impostos pelo princípio da cooperação a reflexão sobre a importância do “deliberar de forma eficiente”<sup>156</sup>, de maneira racional, fugindo dos extremos e buscando a mediania, que é onde se encontra a virtude aristotélica, por tratar-se de “ponto equidistante de cada um dos extremos”<sup>157</sup>, conforme alerta o filósofo grego que, todavia, esclarece não se aplicar “a doutrina da mediania [...] às virtudes intelectuais, mas só às morais”<sup>158</sup>. Isso significa dizer que dentro do campo do conhecimento, por exemplo, o intérprete não deve se contentar com um trabalho que o leve até a “metade do caminho”, devendo persistir no estudo para a exata compreensão dos termos e conceitos que administra, visto que o conhecimento exige a máxima compreensão de mundo que seja possível ser alcançada pelo homem comum.

Aristóteles adverte que “[...] existe uma tendência de cada indivíduo que ocupa os extremos no sentido de empurrar o indivíduo mediano rumo ao outro extremo”<sup>159</sup>, raciocínio que, aplicado ao campo do processo judicial, pode ser vislumbrado dentro da visão maniqueísta de acreditar que uma das partes está totalmente correta e deve ter o seu pedido acolhido, enquanto a outra está completamente errada e deve ser condenada nos termos da lei, quando o certo é que a complexidade das relações humanas aponta mais para erros e acertos de todos os litigantes, que devem ser identificados e solucionados pelo juiz, a partir da aplicação da cooperação ao processo, que envolve valores decorrentes dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório indissociáveis à efetivação do direito ao processo justo.

---

ocasionar arbitrariedades através de sentimentos intrínsecos ao próprio homem; conseqüentemente, a capacidade de tomar boas decisões e considerar os princípios necessários, restará prejudicada. A definição clássica da palavra jurisprudência – (*juris prudentia*, aquilo que a filosofia grega denominava *fronesis* (discernimento), remonta à sabedoria e à capacidade de julgamento através da virtude desenvolvida pelo homem prudente por meio do confronto entre opiniões, proposições e ideias, com a divisão em três funções: a) sopesar soluções; b) apreciar situações; c) tomar decisões” (MELO, Vinicius Holanda; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Os limites da inteligência artificial no exercício da prudência: as atividades jurídicas correm risco? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1015/2020, p. 107-127, maio 2020, p. 6. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rt-1015-vinicius-holanda-melo-e-antonio-jorge-pereira-junior-os-limites-da-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021).

<sup>155</sup> MELO; PEREIRA JÚNIOR, *loc. cit.*

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>157</sup> ARISTÓTELES, 2014, p. 91.

<sup>158</sup> MELO; PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 99.

<sup>159</sup> MELO; PEREIRA JÚNIOR, *loc. cit.*

### 3.3.2 A cooperação e os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório

O artigo 6º do CPC indica que a cooperação no processo é importante para que a “[...] decisão de mérito justa e efetiva” seja alcançada em tempo razoável, revelando que, conforme já dizia a sabedoria popular, “[...] a união faz a força”, ou na esfera processual, permite a elaboração, em tempo razoável, do provimento jurisdicional definitivo. Cuida-se, assim, de princípio expresso no Código de Processo Civil e implícito na Constituição Federal, decorrendo do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, como afirma Fredie Didier Jr<sup>160</sup>, ressalvados os entendimentos daqueles que não compreendem a cooperação como um princípio, mas sim como um dever, a exemplo de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>161</sup>.

Para Queiroz dos Santos, a cooperação “[...] tem por base os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório”<sup>162</sup>, que também apontam para o tripé processual democrático de autoridade, participação com diálogo e transparência. Evita-se, com isso, a prolação de decisões surpresas, garantindo-se a atuação clara e cooperativa dos sujeitos processuais. A intenção do juiz não deve ser nunca a de surpreender as partes com uma decisão imprevisível, mas sim a de julgar a causa de maneira coerente, justa e transparente. O resultado, ainda que não desejado por uma das partes, deve ser esperado diante da argumentação fática e jurídica, além do conjunto probatório constante dos autos.

O princípio da (ou dever de) cooperação serve como pressuposto do processo justo, porque evidencia a importância do contraditório formal e material. Não há cooperação sem participação (contraditório formal) e não há participação sem influência (contraditório material). Para Daniel Mitidiero, “[...] o processo justo é a fórmula mínima do processo no Estado Constitucional (art. 5º, inciso LIV, da CRFB)”<sup>163</sup>.

Para Corrêa e Schmitt há, hoje, na norma processual, uma visão de trabalho compartilhado entre os sujeitos processuais, que alcança o magistrado, “[...] por não mais circunscrever as partes às questões de fato e o juiz às questões de direito; mas sim uma

<sup>160</sup> DIDIER JR., 2018, p. 156.

<sup>161</sup> NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 219.

<sup>162</sup> SANTOS, 2018, p. 75-76.

<sup>163</sup> MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012, p. 67. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003\\_mitidiero.pdf](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003_mitidiero.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

verdadeira distribuição cooperativa do trabalho processual”<sup>164</sup>. Isso significa que o brocardo *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) foi substituído, ainda com Corrêa e Schmitt, “[...] pela possibilidade do juiz de conhecer de ofício matérias de fato e a possibilidade das partes de manifestar suas visões acerca das normas jurídicas incidentes no caso em análise, tudo isto em franco debate processual em contraditório”<sup>165</sup>.

O contraditório, como dito anteriormente, tem como destinatário todos os sujeitos do processo, inclusive o juiz. O modelo do processo cooperativo exige a atuação segundo os critérios de boa-fé objetiva e subjetiva de todos aqueles que atuam na lide, possuindo o magistrado o dever de participar, em posição igualitária a das partes, e, ainda, o de fiscalizar e evitar desequilíbrios no processo, funcionando como a autoridade legítima à imposição das regras e da ordem. O bom funcionamento do processo, assim como o da democracia, exige a observância das regras, cuja legitimidade é extraída do ordenamento jurídico, sofrendo interpretação e aplicação pelo Judiciário.

“Sofrendo” talvez não seja a melhor expressão para identificar o fenômeno da criação da norma jurídica individual, já que poderia ser compreendido como algo que machuca a norma processual, de maneira que se deve deixar claro que a escolha do verbo se fez no sentido de evidenciar que qualquer atividade interpretativa e criadora, ao extrair do texto o significado da norma, implica numa ruptura que exige um esforço hermenêutico e intelectual próprio do debate trazido na relação jurídica processual.

Os participantes do processo atuam a partir do princípio da cooperação porque isso é o que se espera de uma sociedade democrática e pluralista: que cada um tenha garantido o espaço de demonstrar o seu ponto de vista, sem invadir ou desrespeitar o espaço alheio. Mitidiero esclarece que “[...] a colaboração é um *modelo* que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo [...] dividindo de forma *equilibrada* o trabalho entre todos os seus participantes”<sup>166</sup>. Para Machado Segundo e Machado, “[...] sentidos imperfeitos, mente incapaz de processar integralmente todas as informações que lhe são trazidas por tais sentidos, intermediação pela linguagem, problemas de perspectiva, diversos são os fatores que levam à imperfeição do conhecimento”<sup>167</sup>, problemas que afirmam serem intensificados no âmbito do processo, o que só ressalta a importância do diálogo e da cooperação como forma de driblá-los.

<sup>164</sup> CORRÊA; SCHMITT, 2018, p. 46.

<sup>165</sup> CORRÊA; SCHMITT, *loc. cit.*

<sup>166</sup> MITIDIERO, 2012, p. 68.

<sup>167</sup> MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2016, p. 268-269.

As partes não precisam ser amigas e não precisam simpatizar com o juiz, mas todos precisam atuar a partir do princípio da eticidade, vedando-se o abuso das posições jurídicas, como, por exemplo, a juntada de documentos à inicial, pelo autor, totalmente desnecessários ao deslinde do feito, com o único propósito de confundir e prejudicar o oferecimento de defesa pelo réu. Caberá ao juiz zelar pela manutenção da ordem processual, atuando, como adverte Mitidiero, com isonomia na condução do processo e assimetria na prolação de decisões, uma vez que, “[...] desempenha um duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão”<sup>168</sup>.

É de Mitidiero, ainda, a observação de que “[...] a colaboração no processo é um *princípio jurídico*. Ela impõe um *estado de coisas* que tem de ser promovido”<sup>169</sup>, ressaltando a inexistência de obrigação de cooperação de uma parte para com a outra parte, já que ambas visam objetivos distintos. A cooperação para Mitidiero, dessa forma, envolveria as partes e o juiz, não os seus participantes entre si.

Há de se reconhecer, todavia, que, considerando que a eticidade aplica-se ao modelo cooperativo de processo, a atuação a partir dos princípios da boa-fé é verdadeira cooperação das partes entre si. *Cooperar* não é ajudar o outro a vencer, mas sim não criar, intencionalmente, situações que violem o direito alheio.

Dentre os deveres que a cooperação deve promover, há a efetivação da igualdade entre as partes, que precisam ter garantida a paridade de armas. O juiz tem para com os sujeitos processuais o dever de esclarecer, prevenir, consultar e auxiliar, que já foram aqui abordados. Os demandantes por sua vez têm o dever de pautar suas condutas pela boa-fé objetiva, e, além disso, possuem o direito à prova. A cooperação serve “[...] como norma de instrução e como norma de julgamento”<sup>170</sup>, conclusão feita por Mitidiero, que não concebe o direito ao processo justo dissociado dos valores aqui indicados.

A cooperação perdura por todo o tempo do processo que, como dito, preocupa-se, hoje, com a justiça da decisão. O devido processo legal passa a ser compreendido como direito ao processo justo diante do fortalecimento do pós-positivismo e das mudanças sofridas pela hermenêutica jurídica que indicam que a lei não é suficiente, devendo o intérprete valer-se de outros elementos no momento da aplicação da norma, como forma de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e a supremacia da Constituição.

---

<sup>168</sup> MITIDIERO, 2012, p. 71.

<sup>169</sup> MITIDIERO, *loc. cit.*

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 77.

### 3.3.3 Os modelos inquisitivo, dispositivo e cooperativo

A efetivação da tutela jurídica adequada é feita através do processo cooperativo, que evidencia a importância do contraditório e revela o processo civil como um instrumento dos valores predominantes de uma sociedade num determinado período, como alerta Cândido Rangel Dinamarco<sup>171</sup>. O modelo cooperativo sobrepõe-se aos modelos inquisitivo e dispositivo e conversa melhor com a sociedade democrática que, diante da crise da democracia liberal, promove o fortalecimento da democracia deliberativa, entre outros modelos de democracia direta.

Isso porque, enquanto o modelo dispositivo ou adversarial promove o conflito por situar as partes como adversárias e o juiz como expectador, o modelo inquisitivo ou inquisitorial, apesar de conceder poderes ao juiz tão logo haja a provocação da parte, não promove a cooperação e o diálogo, elementos essenciais para que haja o funcionamento democrático do processo a partir dos elementos que hoje se reconhece como necessários à concretização da democracia. O modelo cooperativo, além de colocar-se entre o modelo dispositivo e o inquisitivo, é visto por parte da doutrina, como esclarece Mitidiero<sup>172</sup>, como uma superação do modelo isonômico, que coloca o juiz no mesmo nível das partes, bem como do modelo hierárquico, que traz o juiz como um terceiro superior às partes.

A cooperação afasta do processo conflitos desnecessários ao privilegiar o comportamento das partes, algo muito presente nos modelos de autocomposição dos litígios e mesmo no âmbito negocial onde diversos institutos buscam promover a eficiência, a exemplo da escola comportamental (*Behavioral Law and Economics*) que, como afirmam Muramatsu e Bianchi preocupa-se em ajudar os indivíduos “[...] a melhor coordenarem as suas intenções e ações”<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 323-326.

<sup>172</sup> MITIDIERO, 2012, p. 69.

<sup>173</sup> MURAMATSU, Roberta; BIANCHI, Ana Maria A. F. Behavioral economics of corruption and its implications. **Brazilian Journal of Political Economy**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 100-116, jan./mar. 2021, p. 106, tradução nossa. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0101-31572021-3104>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/3gsHZHBvzydVskVvQnVvhyx/?lang=en&format=pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021. No original: “behavioral economics promises to change the face of standard financial economics, health economics, environmental economics, development economics, among others (Camerer, Loewenstein and Rabin, 2003; Diamond and Vartiainen 2007; Della Vigna, 2009). In addition, behavioral economics aims to contribute to the debate over agent-based public policy and regulation that help individuals better coordinate their own intentions and actions (Thaler and Sunstein, 2003; Thaler and Sunstein, 2009; Sunstein, 2012)”.

Para Daniel Kahneman, “[...] é mais fácil reconhecer os enganos das outras pessoas do que os nossos”<sup>174</sup>, uma vez que as nossas heurísticas de julgamento podem nos levar a “erros graves e sistemáticos” ao focar em vieses e pensamento intuitivo. Essa lógica aplicada ao processo revela que sem a cooperação, uma parte enxerga a outra como um obstáculo a ser superado, o que pode refletir no uso de expressões agressivas no corpo da petição, que, muito embora possam até não ofender a honra do sujeito, por exemplo, mostram-se desnecessárias. Quando os litigantes param de se enxergar como inimigos e compreendem que ambos estão ali porque buscam um provimento jurisdicional final, consegue-se manter uma maior relação de civilidade o que, muito embora não sugira qualquer auxílio de um para com o outro, já que se trata de uma relação dialética, há, necessariamente um respeito mínimo e mútuo ao exercício do direito de defesa alheio, importante para a melhor compreensão das questões fáticas e jurídicas, que são sempre prejudicadas quando o excesso de emoções impede que uma das partes enxergue os seus próprios erros, por focar, tão somente, no erro do outro.

A adequação do modelo cooperativo aos valores democráticos defendidos hoje como necessários à efetivação dos valores constitucionais de nosso Estado de Direito decorre da forma dialogal em que o processo é estruturado. A cooperação exige que todos os sujeitos do processo participem ativamente e guiem as suas condutas de maneira ética e valorativa. Não há espaço para simulações, visto que a transparência é necessária para concretizar o direito de influência das partes. Logo, os processos conduzidos de forma não cooperativa, em ofensa ao contraditório e à boa-fé processual, distanciam-se do direito ao processo justo, comprometendo a sua própria finalidade.

É que, como aqui já se afirmou, o *deficit* de capacidade normativa da CRFB/88 que confere ao Judiciário o papel fundamental de instrumentalizar os direitos materiais dos indivíduos impõe que isso ocorra por meio do devido processo legal, representando as normas processuais fundamentais o arcabouço do direito ao processo justo, de maneira que a inobservância dessas regras, que dialogam entre si dentro de um modelo cooperativo de processo, nega a justiça da decisão e o funcionamento democrático do processo, algo incompatível com os valores do mundo atual.

---

<sup>174</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 39.

## 4 A ATUAÇÃO DAS PARTES E O FUNCIONAMENTO DEMOCRÁTICO DO PROCESSO CIVIL

A realização dos direitos materiais por meio do processo civil identifica-o como importante instrumento democrático, exigindo-se, por isso, o atendimento a regras que tragam regularidade e transparência aos procedimentos realizados em contraditório.

O processo reflete, em certa medida, as mudanças do Estado de Direito Democrático, em especial aquelas trazidas na teoria da democracia e que envolvem o fortalecimento do modelo direto a partir da deliberação proposta por Habermas. As críticas feitas à teoria habermasiana podem ou não repercutir na esfera processual, em caso afirmativo, teríamos uma situação de fracionamento da democracia, em caso negativo, teríamos algo há muito desejado, mas ainda não concretizado no espaço político: o efetivo funcionamento democrático.

### 4.1 A democracia e o maximalismo participativo na sociedade e no processo

A democracia é tida como algo natural por muitos daqueles nascidos no século XX nas sociedades ocidentais liberais, que a compreendem, quando não como o melhor dos governos, como a única possibilidade de regime, já que, aparentemente, seria o único apto a resguardar e promover as liberdades civis e políticas<sup>175</sup>. O estudo da teoria da democracia mostra, no entanto, que esse governo não é isento de críticas e falhas, enfrentando no século passado uma forte crise, intensificada pela recessão econômica causada pela Grande Depressão de 1929 e pelo período pós-Segunda Guerra Mundial.

A crise do liberalismo permitiu que a teoria democrática enfrentasse um processo de mudanças que pode ser resumido, nas palavras de Barreiros Neto, como algo entre “[...] o minimalismo elitista e o maximalismo participativo”<sup>176</sup>, cuja importância para o processo civil decorre da relação existente entre o contraditório formal e a redução das partes à participação no processo, que se assemelha ao minimalismo democrático, e o contraditório material e a importância da atuação participativa dos sujeitos do processo, numa aproximação com o maximalismo democrático, conforme mostraremos a seguir, após uma breve introdução à teoria da democracia.

<sup>175</sup> Neste sentido, famosa é a frase de Winston Churchill que diz: “*democracy is the worst form of government – except for all the others that have been tried*”.

<sup>176</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 125.

#### 4.1.1 Governos democráticos e absolutistas

A história, assim como os regimes políticos e vários outros institutos, possui divisões que são feitas a critério de cada estudioso, nem sempre coincidindo, o que, todavia, não desmerece uma ou outra corrente, mas tão somente fomenta o debate, desde que calcado em elementos críticos de análise<sup>177</sup>.

Ao falarmos em divisões históricas, estamos nos referindo à Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea<sup>178</sup>. Há na Antiguidade uma experiência democrática vivida na Grécia Antiga que, muito embora destoe das democracias liberais ocidentais contemporâneas, merece registro para que se atente às críticas que esse modelo enfrentou logo em seus primórdios.

A Idade Antiga ou Antiguidade compreende a descoberta da escrita por um grupo que habitava a região sul da Mesopotâmia, os sumérios, que desenvolveram a técnica cuneiforme, elaborada, segundo Yuval Noah Harari<sup>179</sup>, não para o aperfeiçoamento do homem por meio da educação, mas para o controle da sociedade, que se viu diante da necessidade de lidar com dados matemáticos para administrar a complexidade das relações com questões como o armazenamento de comida e a cobrança de impostos, entre outras coisas trazidas pela Revolução Agrícola, protagonizada há cerca de 10 mil anos pelo *Homo sapiens*, quando deixou de ser caçador-coletor para ser agricultor.

A escrita surge neste momento inicial para o registro de fatos e números, de maneira que Harari define o sistema de escrita sumério como um modelo parcial, apresentando como sistema de escrita completo o latim, os hieróglifos do antigo Egito e o braile, que surgiram depois, servindo tanto para o registro de cálculos quanto para a elaboração de textos simples e complexos<sup>180</sup>.

Ao longo da antiguidade o sistema de escrita é aperfeiçoado pelas mais diversas civilizações, destacando-se, aqui, a cultura da Grécia Antiga, cuja filosofia influenciou a da

<sup>177</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Dividir a história: da epistemologia à política? **Revista da FLUP**, Porto, IV Série, v. 5, p. 167-174, 2015. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/historia/article/view/1193/1019>. Acesso em: 10 abr. 2021.

<sup>178</sup> MAINKA, Peter Johann. Os fundamentos da identidade europeia na antiguidade, na idade média e nos tempos modernos. **Acta Scientiarum Education**, Maringá, v. 33, n. 1, p. 57-69, 2011, p. 66-67. DOI: <https://doi.org/10.4025/actascieduc.v33i1.13244>. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciEduc/article/view/13244>. Acesso em: 12 abr. 2021.

<sup>179</sup> HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. São Paulo: L&PM, 2015, p. 170-174.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 173.

Roma Antiga, que, por sua vez, teve impacto nos reinos da Europa e, posteriormente, na civilização ocidental<sup>181</sup>.

Há na Grécia Antiga a contribuição de teóricos políticos para a formação do pensamento do mundo ocidental contemporâneo, como, por exemplo, os ensinamentos de Platão e Aristóteles, quanto aos regimes políticos e suas finalidades de promoção de paz e auxílio ao homem para alcançar uma vida digna e justa em sociedade.<sup>182</sup>

Santos esclarece que havia naquele período uma “divisão entre monarquia, oligarquia e democracia”, todavia, conforme adverte Simone Goyard-Fabre<sup>183</sup>, a discussão envolvendo a legitimidade da democracia na Grécia Antiga “deu-se não dentro dessa visão tripartida, mas sim em face de uma ótica bipartida de regimes, opondo-se a democracia em face da oligarquia”<sup>184</sup>. Dentre os críticos da democracia grega, destacam-se Platão e Aristóteles, que alertavam para a facilidade de manipulação do homem e a possibilidade de anarquia, afirmando “que o desejo de todos governarem inviabilizaria o governo sério e responsável de um ou de poucos, que se veriam obrigados a agradar a massa, surgindo, diante desse quadro, governantes demagogos e governos instáveis”<sup>185</sup>, o que só revelaria a fragilidade do regime democrático.

A democracia na Grécia Antiga foi substituída pela oligarquia tão logo Atenas foi massacrada na Guerra do Peloponeso, momento em que houve a implementação do Governo dos Trinta Tiranos, como relata Finley<sup>186</sup>. Finalizado o período oligárquico, há o retorno da democracia, ocorrendo na vigência de um governo democrático o julgamento e a condenação de Sócrates, influenciando o fortalecimento da rejeição de Platão a esse sistema, percebido por ele como frágil e insuficiente à proteção da pólis.

Para Santos, “é inquestionável que essa ambivalência dos pontos negativos e positivos da democracia, desde os seus momentos iniciais, trouxe a discussão sobre qual seria

<sup>181</sup> MAINKA, 2011, p. 58.

<sup>182</sup> ROCHA, André Menezes. A justiça e o melhor regime político em Platão e Aristóteles. *Polymatheia*, Fortaleza, v. 9, n. 14, p. 84-96, 2016, p. 88. Disponível em: <http://seer.uece.br/?journal=PRF&page=article&op=view&path%5B%5D=687&path%5B%5D=1923>. Acesso em: 18 abr. 2021.

<sup>183</sup> “O princípio que distingue a democracia inseriu-se numa visão antes binária que ternária da política. Como observa Aristóteles, esse princípio consistia em que os cargos da Cidade-Estado fossem distribuídos não ‘segundo a nobreza e a riqueza’ – o que é o princípio da oligarquia – mas essencialmente por sorteio num povo reconhecido como soberano. Isso significa que o momento fundador da democracia consiste no movimento conflituoso que a opunha, muito naturalmente, à oligarquia.” (GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20).

<sup>184</sup> SANTOS, Manuela Vidal e Silva Oliveira. O significado dos pedidos de fechamento do Congresso Nacional para a democracia brasileira. *Revista Dizer*, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 162-185, 2019, p. 174. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/dizer/article/view/43186>. Acesso em: 23 abr. 2021.

<sup>185</sup> SANTOS, *loc. cit.*

<sup>186</sup> FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 143.

o melhor e o pior dos governos”<sup>187</sup>. Essa visão crítica permite o afastamento da visão maniqueísta que divide o governo democrático em bom e todos os demais em ruins, ignorando as falhas das instituições democráticas que exigem reparos.

O surgimento da monarquia feudal na Idade Média e o fortalecimento da monarquia absolutista na Idade Moderna, identificam este regime político como o mais adequado à proteção dos reinos e seus habitantes, conforme o defendiam Dante Alighieri e Jean Bodin, para citar dois, entre tantos outros pensadores europeus<sup>188</sup>. O que acontece é que os regimes monárquicos no período da história anterior à implementação do Estado Liberal, centralizavam o poderio econômico e bélico nas mãos do governante, de maneira que qualquer decisão rápida a ser tomada dentro de um cenário de guerra não exigia a deliberação dos súditos, o que poderia prejudicar alguma estratégia de defesa e expor o reino ao império de seu inimigo.

Cumpra esclarecer neste momento que o elemento povo, na forma como o entendemos hoje, assim como o conceito de cidadão, só vieram a existir na história com o advento e a implementação do estado constitucional liberal, de maneira que ao falarmos na “[...] proteção dos reinos e seus habitantes”, não estamos sugerindo qualquer preocupação com a esfera individual do súdito, que era visto não como um ser dotado de valor em si mesmo, mas sim como membro de um grupo social, necessário ao bom funcionamento do reino, que não se confunde com Estado na concepção que possuímos atualmente.

A proteção dos habitantes do reino importava, assim, não como fim, mas como meio, ou seja, não se visava resguardar o homem ou a mulher, individualmente considerados, mas sim os membros necessários à manutenção daquela estrutura liderada por poucos, esses sim, os verdadeiros titulares de direitos. A escolha do melhor governo para os homens importava porque garantiria a sobrevivência e o bem-estar do rei, da nobreza e do clero, de forma que não se buscava a justiça social e a igualdade material, mas sim a continuidade daquela situação de servidão.

Os diversos conflitos que marcam a Idade Média trazem uma discussão sobre a soberania, como a ideia “desenvolvida por Jean Bodin, que analisa os pensamentos de Aristóteles a Maquiavel para encontrar meios de legitimar a formação de um Estado soberano

---

<sup>187</sup> SANTOS, 2019, p. 174.

<sup>188</sup> Cf. FEILER, Adilson Felício. A origem do conceito de soberania na idade média: uma leitura a partir de Jean Bodin. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 65-72, fev. 2017, p. 68. Disponível em: <https://opiniaofilosofica.org/index.php/opiniaofilosofica/article/view/141/85>. Acesso em: 4 jan. 2021.

com poder para legislar e governar seus súditos”<sup>189190</sup>, evidenciando uma reforma no pensamento político dominante até então.

A entrada na Idade Moderna é marcada pelo aumento dos conflitos entre o imperador e o Papa, pela transição entre o feudalismo e o capitalismo e pelas reformas protestantes, entre outros acontecimentos. Há, ainda, nesse período, uma expansão do poder da monarquia, que vai, cada vez mais, assumindo um protagonismo em relação à Igreja.

O absolutismo monárquico encontra como principal referencial teórico as obras de Jean Bodin e Jacques Bossuet, que apesar de não defenderem um poder desmedido do rei, responsabilizando-o frente ao direito natural e às leis fundamentais do reino, o desvinculavam da subordinação à Igreja, afirmando que o poder do rei advinha de Deus, não do Papa.<sup>191</sup>

Há uma distinção entre as Constituições modernas e as leis fundamentais do reino que merece registro, tratando-se aquelas, de uma maneira geral, de um documento único, escrito, onde há a previsão da separação de poderes e dos direitos fundamentais; enquanto estas traduzem costumes e normas esparsas destinadas a regular e a proteger a continuidade da monarquia. As Constituições como as compreendemos atualmente, são Constituições no sentido moderno, responsáveis pelo desenho democrático dos Estados de Direito.

A noção de soberania avança junto ao fortalecimento do *ius patrium*, que, todavia, não substitui o *ius commune*, mas sim é aplicado em conjunto com ele, seguindo uma lógica de regra geral (direito comum) e regra específica (direito pátrio), prevalecendo, como explica Gustavo Cabral, “[...] o direito particular frente ao direito comum, com destaque para o direito régio, que tinha característica de direito comum do reino”<sup>192</sup>.

A conexão feita por Bodin entre soberania e poder de legislar é evidenciada, também, por Carlos Garriga, para quem o absolutismo “[...] é cercado de elementos não absolutistas”<sup>193</sup>, havendo, por isso, quem negue o emprego dessa expressão. O absolutismo

<sup>189</sup> SANTOS, 2019, p. 164-165.

<sup>190</sup> Cf. LENZ, Sylvia Ewel. Jean Bodin: as premissas de um estado soberano. **Mediações**: Revista de Direitos Sociais, Londrina, v. 9, n. 1, p. 119-134, jul. 2004, p. 121-133. DOI: <https://doi.org/10.5433/2176-6665.2004V9N1P119>. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9051/7580>. Acesso em: 4 jun. 2019.

<sup>191</sup> Cf. HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Pablo Andrés. Absolutismo reformista. Una idea transversal del estado político en la modernidad 1520-1748. **TEMPUS**: Revista en Historia General, Medellín, n. 3, p. 161-186, abr./mayo. 2016, p. 170-182. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/tempus/article/view/26585/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

<sup>192</sup> CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius commune**: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

<sup>193</sup> GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen. In: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. **Cádiz, 1812**: la constitución jurisdiccional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 70.

monárquico garante aos reis um poder que não possuíam no período denominado Alta Idade Média (século V ao X) quando as decisões políticas eram tomadas pelos nobres<sup>194</sup>, detentores de terras, riqueza e influência. A centralização política passa a ser compreendida como uma medida “lógica” e “racional”, que evitaria a limitação do monarca e permitiria a manipulação dos habitantes do reino.

Note que a manipulação no sentido aqui trazido não é aquela retratada por Michiko Kakutani<sup>195</sup> ao falar da relativização da verdade para, ocultando fatos importantes, conseguir que o povo vote num ou noutro sentido, pois não estamos num ambiente livre, democrático, que exige o convencimento do indivíduo para que manifeste sua vontade, mas sim dentro de um contexto de absolutismo do Antigo Regime, que desconhecia valores fundamentais para a civilização contemporânea, de maneira que “manipular” aqui, significa, efetivamente, “usar” os habitantes como instrumentos de arrecadação de tributo e consequente custeio das despesas do reino; como instrumentos de guerra e consequente conquista de novos territórios; como instrumentos de trabalho e consequente edificação de estruturas de proteção dos reinos etc.

Até poderíamos falar em manipulação se pensarmos que o poder do rei advinha de uma vontade divina, crença que era alimentada pela eclosão dos medos dos súditos de sofrer os castigos sagrados, numa verdadeira aproximação ao significado de manipulação que possuímos hoje, que significa mascarar uma realidade para que as pessoas atuem a partir daqueles elementos de falsificação, sem observar que estão sendo enganados.

As inúmeras guerras que marcaram a Europa no início da Idade Moderna<sup>196</sup> foram decisivas para o fortalecimento da figura do rei, que emerge, dentro desse cenário de ruptura, como condutor do seu reino à glória e segurança, exigindo, por sua vez, um amparo militar eficiente e custoso, logo, deve o monarca valer-se da arrecadação de tributos para gerar dinheiro e gerir as despesas necessárias ao triunfo e efetiva proteção de suas terras, tributos estes que serão pagos pelos habitantes que receiam perder a guerra e serem capturados pelo inimigo e continuarão a ser pagos, em valores cada vez mais elevados, mesmo quando esse medo não mais se justificar.

---

<sup>194</sup> Segundo Gustavo Cabral, “O fenômeno do rei-legislador remonta à Baixa Idade Média, em especial aos séculos XIII e XIV, mas Kenneth Pennington, em interessante estudo sobre o poder de legislar do rei Ruggero II da Sicília, remonta a meados do século XII alguns dos primeiros registros, os quais foram fortemente influenciados pelo Direito Romano” (CABRAL, Gustavo César Machado. *Ius commune*: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 51).

<sup>195</sup> KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**: notas sobre a mentira na era Trump. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018, p. 27-37.

<sup>196</sup> MATA, Joel Silva Ferreira. Maquiavel e a Itália, centro dos conflitos europeus: a sua conceção da arte da guerra. *Lusíada*, Porto, v. 10, n. 5-6, p. 171-185, 2012, p. 178-180. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldp/article/download/2073/2188>. Acesso em: 23 mar. 2021.

Todos os rituais que cercavam a realeza destinavam-se a garantir que o imaginário construído sobre a figura do príncipe garantisse o respeito e a admiração de seus súditos, que estavam ali para servi-lo, atendendo aos seus caprichos, obedecendo aos comandos legais e pagando os tributos instituídos. Garriga, todavia, descarta a onipotência do rei frente ao quadro de pluralismo institucional, mas, considerando a influência do monarca nessas instituições e na escolha daqueles que ali figuravam, questiona-se se seria tão errado, realmente, falar num rei todo-poderoso que tudo manda e tudo pode?!<sup>197</sup>

O absolutismo do monarca do Antigo Regime foi duramente combatido pelas revoluções liberais, diante do quadro de despotismo que as monarquias absolutistas passaram a apresentar, urgindo daí o desejo de limitação do rei pela lei. As grandes revoluções que tiveram lugar na Europa no final do século XVIII culminaram com o surgimento do Estado Liberal, que teve como principais fundamentos o direito natural e as ideias iluministas.

O reconhecimento, pelos súditos, da legitimidade dos argumentos que falavam na necessidade de se instituir uma autoridade como fonte de normas que alcançasse não apenas uma situação concreta, mas todo o reino, de maneira igual e não desigual, como era comum na atividade legislativa régia, foi indispensável para a superação do absolutismo monárquico, diante da rejeição da figura do rei-legislador.

O Estado liberal defendia a limitação do poder do governante por uma Carta Magna, com o fim do absolutismo e implantação do Estado de Direito, protetor dos interesses da burguesia, que colhia os frutos da Revolução Industrial, alcançando uma posição social que a distinguiu da classe proletária, de maneira que algumas monarquias absolutistas foram substituídas por monarquias constitucionais, enquanto outras foram derrubadas.

Airton Cerqueira Leite Seelander relata que a passagem do Antigo Regime para o liberalismo é marcada pela substituição da noção de “lei fundamental” por “constituição”, visto que aquele primeiro conceito que surgiu para limitar o poder monárquico, por meio de um pacto entre o rei e as assembleias estamentais, foi posteriormente desvirtuado pelo monarca, que

---

<sup>197</sup> Afirma Carlos Garriga: “Creio, por minha parte, que é muito mais frutífera a linha que – admitindo-se a simplificação – refere ao absolutismo não à “criação”, mas sim o “cumprimento” do direito, ou seja, não a atividade legislativa, mas sim a capacidade do príncipe de governar e impor efetivamente suas decisões que, sem esquecer da teoria, está mais atento à prática institucional que à filosofia política. Desde logo, há que descartar de plano qualquer ideia de onipotência do príncipe, desmentida algumas vezes pela historiografia, que destaca o papel relevante do pluralismo institucional na contenção das pretensões régias (muitas vezes fiscalizadas). A historiografia dos últimos anos, especialmente dedicada à França de Luís XIV, que desponta como paradigma do absolutismo, atesta essa luta no tocante à resolução das questões régias.” (GARRIGA, Carlos. *Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen*. In: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. **Cádiz, 1812: la constitución jurisdiccional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 70, tradução nossa).

passou a denominar de “lei fundamental” um ato exclusivo seu, passando a norma a ter *forma* de ato limitador, mas *conteúdo* de caráter absolutista.<sup>198</sup>

Gustavo Cabral<sup>199</sup> afirma que o liberalismo restou incorporado definitivamente em Portugal já no século XIX, com as Cortes de 1820-1821, e no Brasil, logo em seguida, com o advento da independência em 1822<sup>200</sup>. Falamos aqui do liberalismo na sua fase inicial, que sofrerá transformações ao longo dos séculos, abordadas mais adiante<sup>201</sup>.

Enquanto o absolutismo decorreu de um arranjo entre a aristocracia e a monarquia, a implementação do Estado Liberal nos países europeus foi fruto direto das revoluções populares, que realizaram uma efetiva ruptura política, com a alteração das instituições e das classes sociais. As revoluções liberais questionaram e derrubaram certas estruturas que não mais se justificavam dentro do contexto histórico do final do século XVIII.

A sociedade francesa do Antigo Regime, por exemplo, dividia-se em classes denominadas Primeiro, Segundo e Terceiro Estado, representando o Primeiro Estado o clero, o Segundo Estado a nobreza e realeza e o Terceiro Estado a burguesia, os camponeses e os

---

<sup>198</sup> SEELANDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 53, p. 197-232, dez. 2006, p. 199. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16407-16408-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

<sup>199</sup> CABRAL, 2019, p. 14.

<sup>200</sup> A implementação do Estado Constitucional Liberal no Brasil, todavia, precedeu a abolição da escravatura, de maneira que se pôde observar, aqui, por um tempo, um Estado liberal constitucional escravocrata, para a surpresa e revolta de muitos, dentre os quais destaca-se José Bonifácio, que já na constituinte de 1823 defendeu a abolição gradual do regime escravocrata, na contramão da elite brasileira, que buscava a sua manutenção (GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; CARVALHO, Ana Carolina Torres. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824: aspectos liberais e a sua incompatibilidade com a realidade do Brasil Imperial. **Jus.com.br**, São Paulo, ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59502/>. Acesso em: 10 abr. 2021).

<sup>201</sup> Delgado, Pimenta e Nunes esclarecem que “[...] historicamente, pode-se falar em três marcos do constitucionalismo ocidental: o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e o Estado Democrático de Direito. É bem verdade que há autores que preferem enxergar apenas dois únicos marcos estruturais do constitucionalismo, o Estado Liberal de Direito e o Estado Social – este iniciado no constitucionalismo inovador da segunda década do século XX na Europa (Alemanha, 1919) e nas Américas (México). Tal marco teria aberto importante senda de superação do liberalismo primitivo – o que é verdade –, tendo, porém, apenas se aprofundado logo em seguida ao final da Segunda Grande Guerra, particularmente em países europeus ocidentais. Contudo, parece mais rico e acertado, do ponto de vista científico – isso é, sob a perspectiva fática, teórica e, inquestionavelmente, heurística – enxergar-se uma sucessiva diferenciação nos paradigmas que superaram o liberalismo primitivo, quer dizer, o Estado Social de Direito (identificado a partir das Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919) e o Estado Democrático de Direito, este identificado a partir das Constituições da Europa Ocidental imediatamente seguintes à Segunda Guerra Mundial (França, de 1946; Itália, de 1947; Alemanha, de 1949). É o que insiste, por exemplo, Mauricio Godinho Delgado, ao sustentar a presença de alterações substantivas – de qualidade, extensão e profundidade – entre o segundo paradigma do constitucionalismo e o paradigma arquitetado na Europa logo depois da Segunda Grande Guerra (o paradigma do Estado Democrático de Direito)” (DELGADO, Mauricio Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e paradigmas contemporâneos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 485-515, 2019, p. 491. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i55.3405>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3405/371371840>. Acesso em: 2 jun. 2021).

trabalhadores urbanos; divisão esta extinta com o advento da nova ordem constitucional liberal, que se insurgiu contra as fortes desigualdades presentes naquele momento histórico, muito embora não tenha conseguido superá-las.

É dentro dessa divisão de classes que o capitalismo surge de maneira tão atrativa, com a sua promessa de mobilidade entre os estratos sociais, permitindo que alguém que nasceu pobre torne-se rico e desfrute todos os prazeres que “só” o dinheiro pode comprar. A burguesia sai fortalecida desse processo de extinção do Primeiro, Segundo e Terceiro Estado, entretanto, as desigualdades sociais que impõem uma vida de miséria aos camponeses e a outros trabalhadores urbanos, persiste, algo, que, todavia, só será reconhecido depois, visto que, neste momento inicial, a preocupação maior é com o império da lei que garanta a liberdade dos indivíduos ao limitar o poder do Estado.

A revolução liberal permitiu, por exemplo, que Portugal fundasse um Estado Moderno próspero, livrando-se das amarras do Antigo Regime que o prendiam a um governo infrutífero e quebrado, diante do alto custo da aristocracia, entre outros fatores, que, muito embora vivesse de rentáveis aluguéis das terras doadas pela Coroa, criava hábitos não sustentáveis a longo prazo<sup>202</sup>.

A ruptura política trazida pelas revoluções liberais, além de afastar a sociedade de classes existente no Antigo Regime, separou os bens públicos dos bens privados e limitou o poder do governante, identificando quais assuntos seriam regulados pelo Estado e quais assuntos exigiriam um não agir do Estado, por pertencerem à esfera íntima do indivíduo ou ao âmbito de domínio do mercado.

Essa nova ordem segue o lema da Revolução Francesa, uma das inúmeras revoluções liberais, que ao pedir por “liberdade, igualdade e fraternidade”<sup>203</sup>, enfatiza,

---

<sup>202</sup> “[...] Portugal owes to its liberal revolution the creation of the modern state, of modern private property and, consequently, of a modern economy. This is closely connected with another central idea, that the Portuguese Ancien Régime had certain particular features that precisely hampered the development of the previous aspects. One such feature, with dramatic consequences for the rest of the institutional system, was the fact that the largest share of the Crown’s income originated outside the economy of metropolitan Portugal. Most of that income was obtained from colonial ventures (with an important contribution also coming from customs duties). This allowed the Crown to keep the internal tax system relatively underdeveloped, as well as the administrative centralization that goes with it. Alternatively, the Portuguese Crown adopted a policy of income redistribution that had the Portuguese aristocracy as its main beneficiary and used land donations as its main instrument. But by donating land the Crown did not just give nobles the right to cultivate land, it also gave them certain features of sovereignty, such as the ability to appropriate tributes from the land (something akin to taxation), or the ability to have their own administrative and judicial personnel.” (AMARAL, Luciano. Institutions, property and economic growth: back to the passage from the Ancien Régime to liberalism in Portugal. *Análise Social*, Lisboa, v. 47, n. 202, p. 28-55, jan. 2012. p. 30. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41494883>. Acesso em: 10 abr. 2021).

<sup>203</sup> Cf. GODECHOT, Jacques. As grandes correntes da historiografia da Revolução Francesa, de 1789 aos nossos dias. *Revista de História*, São Paulo, v. 39, n. 80, p. 423-470, 1969, p. 425. DOI: <https://doi.org/10.11606/>

inicialmente, os direitos negativos, que são os direitos civis e políticos, que exigem uma não atuação estatal, por promoverem a liberdade<sup>204</sup>. Delgado, Pimenta e Nunes esclarecem que esse pensamento liberalista que prevaleceu na Grã-Bretanha do século XVII e na França e Estados Unidos da segunda metade do século XVIII, institucionaliza “[...] as primeiras liberdades individuais (de opinião, de locomoção, de informação, de contratação), os primeiros direitos políticos (o direito de votar e de ser votado, o direito de eleger e contar com certa representação política no Estado)”<sup>205</sup>, revelando a preocupação com a esfera individual, visto ser necessário que o ser humano primeiro se enxergue individualmente a partir dos seus direitos civis para, depois, se colocar como membro da sociedade, politicamente falando, e, só então, discutir os direitos sociais.

Imperioso ressaltar, ainda, a importância das guerras religiosas do século XVI e início do século XVII para a instituição do Estado Liberal, visto que discutiram sobre a possibilidade de restrição da esfera do soberano a partir do estudo do direito natural, analisando elementos como a bondade e a maldade, a virtude e o vício, a autorização e a proibição, dentro de uma ordem objetiva que permitia a discussão das medidas adotadas pelo governante na administração do seu reino, assim, verificando-se o seu afastamento das noções de justiça e aproximação da ideia de tirania, diante da defesa de interesses próprios, o súdito, que num momento inicial não poderia ir contra o seu príncipe, assumiria o poder de resistir àquele que não mais o representava, algo que Merio Scattola chama de “[...] direito supremo do povo de resistir ao rei tirano”<sup>206</sup>.

A instituição do Estado Liberal de Direito não afastou as noções de hierarquia e autoridade, mas sim buscou a sua legitimação. A luta entre liberdade e autoridade evidenciada pelas revoluções liberais atesta a afirmação de Scattola, ao tratar do jusnaturalismo moderno, de que o “puro estado de natureza do homem”, aquele que permite a todos viver em condições

---

issn.2316-9141.rh.1969.128913. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/128913/125597>. Acesso em: 12 abr. 2021.

<sup>204</sup> Stephen Holmes e Cass Sunstein tratam essa dicotomia entre direitos positivos e negativos como desnecessária, afirmando que no atual contexto de Estado Fiscal, todos os direitos são positivos, visto que todos possuem um custo ao Estado, por exigirem uma resposta governamental afirmativa (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012, p. 63).

<sup>205</sup> Delgado, Pimenta e Nunes falam, ainda, na institucionalização “das primeiras liberdades públicas (de reunião, de associação, de manifestação coletiva)” (DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e paradigmas contemporâneos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 485-515, 2019, p. 493. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i55.3405>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3405/371371840>. Acesso em: 2 jun. 2021).

<sup>206</sup> SCATTOLA, Merio. Models in history of natural law. In: SIMON, Dieter; STOLLEIS, Michael. **Ius commune**: Zeitschrift für europäischer Rechtsgeschichte, 2001. p. 91-159.

iguais de liberdade e igualdade, não condiz com a vida em sociedade que pressupõe, justamente, a limitação da liberdade para evitar o estado de guerra que seria o destino certo numa sociedade que não reconhecesse nem superior, nem inferior, e permitisse a todos agir conforme a sua própria vontade.<sup>207</sup>

As revoluções que marcaram a Idade Moderna combateram privilégios incompatíveis com as nossas sociedades contemporâneas. Ainda que hoje muito se questione sobre o liberalismo, há conquistas que não podem ser ignoradas, tais como a implementação de uma estrutura de poder político responsável por elaborar o direito e outra responsável por dizer o direito. A formação desses poderes políticos com o advento do estado constitucional liberal é, portanto, uma conquista civilizatória.

As críticas que se fizeram ao liberalismo originário correspondiam à ausência de extensão dos direitos ali garantidos a toda a população, uma vez que, como esclareceram Delgado, Pimenta e Nunes, eles eram “[...] circunscritos às elites socioeconômicas da época”<sup>208</sup>. O voto, por exemplo, não alcançava às mulheres, os negros e outros grupos que não preenchiam certos requisitos econômicos. O trabalho livre incentivado e fortalecido pelo capitalismo era realizado “[...] sem qualquer tipo de proteção e garantias jurídicas”<sup>209</sup>. Situações como essas agravavam a desigualdade e a exclusão social de muitos grupos, daí porque urgente se mostrava o desenvolvimento de um novo modelo de liberalismo, que passou, então, para a sua fase de discussão dos direitos sociais.

Ao longo do século XIX, diante da forte exploração do trabalhador no período da Revolução Industrial, Silvestre Villegas Revueltas ressalta que as massas exigiram do Estado reformas que garantissem a todos melhores condições de trabalho, solicitações estas que vieram não da elite econômica, mas da classe operária, que se uniu em sindicatos para pleitear a proteção de direitos sociais e trabalhistas. Villegas Revueltas cita como exemplo desses movimentos de luta o ludismo e o cartismo, advertindo que a maior parte dos historiadores “[...] no han considerado al ludismo como una amenaza seria de tipo revolucionário, pero lo que sí

---

<sup>207</sup> O professor italiano expõe, ainda, o pensamento de Hobbes e Pufendorf, que defendem uma “guerra de todos contra todos”, em face da “incerteza e violência do estado de natureza”, afirmando Pufendorf que o instinto do homem é o de ferir e machucar outros homens”. Fala também na teoria de Christian Wolff, Gottfried Achenwall e Johann Stephan Putter, que sustentam um lema “de todas as coisas, com toda a paz”, sugerindo “a legitimidade do estado de natureza e a desordem como uma espécie de justiça, que restringe a validade da justiça, mas não corrompe a essência humana”. Scattola, de maneira precisa, fala que “como a possibilidade de desordem nunca pode ser eliminada por inteiro, o direito natural permanece sempre imperfeito, imperfeição esta inevitável, uma vez que o estado de natureza depende do entendimento de indivíduos, que são seres falíveis” (SCATTOLA, Merio. Models in history of natural law. In: SIMON, Dieter; STOLLEIS, Michael. *Ius commune*: Zeitschrift für europäischer Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2001, p. 147).

<sup>208</sup> DELGADO; PIMENTA; NUNES, 2019, p. 493.

<sup>209</sup> DELGADO; PIMENTA; NUNES, *loc. cit.*

es cierto es que dicho movimiento constituyó un reto para la paz social, ya que se perdieron varias vidas humanas”<sup>210</sup>.

Destaca Villegas Revueltas<sup>211</sup> que o início do século XIX é marcado pela luta por melhoria de salários e condições de trabalho, algo que será fortalecido no século XX, após a Primeira Guerra Mundial, que evidenciará, para Delgado, Pimenta e Nunes “[...] a falta de compromisso do Estado Liberal com a dimensão social das relações, problemas e desafios da vida socioeconômica”<sup>212</sup>, refletindo na constitucionalização dos direitos sociais e trabalhistas, a exemplo da Constituição do México de 1917, da Constituição de Weimar de 1919 e das Constituições Brasileiras de 1934 e 1946<sup>213</sup>.

O Estado Liberal Social enfrenta, então, novas transformações que irão levar à formação do Estado Democrático de Direito, no período pós-Segunda Guerra Mundial, trazendo questões até hoje ainda não solucionadas. Há, aqui, uma ênfase não na proteção dos direitos fundamentais, mas sim na sua efetivação. Dentro da realidade brasileira, falamos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada dentro de um contexto de redemocratização, e no neoconstitucionalismo, que surge diante das alterações sofridas pela hermenêutica jurídica, reconhecendo a força normativa da Constituição e a constitucionalização do Direito.

Quando falamos nas transformações sofridas pelo liberalismo, não estamos afirmando que a democracia só surge como valor no período pós-Segunda Guerra Mundial, uma vez que a opção pelo governo democrático já havia sido feita séculos antes. O que se quer enfatizar aqui é que a preocupação com a proteção dos direitos individuais caracterizadora do liberalismo originário, assim como a proteção dos direitos sociais e trabalhistas que identifica

<sup>210</sup> VILLEGAS REVUELTAS, Silvestre. Inglaterra: entre la aversión a la revolución y la necesidad de una reforma. **Metapolítica**, Napoli, v. 12, n. 61, p. 66-71, 2008, p. 69.

<sup>211</sup> Villegas Revueltas esclarece que “*el inicio del siglo XIX vio que todos los esfuerzos por mejorar los salarios y las condiciones de trabajo chocaban con un Estado británico que no quería presionar a los industriales ni a la aristocracia terrateniente, y que prohibía un incipiente sindicalismo*” (VILLEGAS REVUELTAS, Silvestre. Inglaterra: entre la aversión a la revolución y la necesidad de una reforma. **Metapolítica**, Napoli, v. 12, n. 61, p. 66-71, 2008, p. 69).

<sup>212</sup> DELGADO; PIMENTA; NUNES, 2019, p. 495.

<sup>213</sup> Delgado, Pimenta e Nunes afirmam que “[...] as Constituições dessa fase, embora muito relevantes do ponto de vista simbólico, exprimem, segundo Paulo Bonavides, ‘de princípio um estado de independência, transitoriedade e compromisso’ (BONAVIDES, 2011, p. 231). A Constituição da Alemanha, de 1919, é exemplo expressivo dessa marca de crise e de transitoriedade, segundo Bonavides: ‘A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado Liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido’ (BONAVIDES, 2011, p. 233)” (DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e paradigmas contemporâneos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 485-515, 2019, p. 496-497. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i55.3405>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3405/371371840>. Acesso em: 2 jun. 2021).

o Estado Liberal Social, muito embora não seja negada pelo Estado Democrático de Direito, assume uma nova dimensão: a de efetivação desses direitos, diante da força normativa da Constituição<sup>214</sup>.

A democracia, assim como o liberalismo, passa por diversos momentos que vão moldando a sua existência a partir das transformações enfrentadas pela sociedade. Pensar em democracia hoje, não é apenas discorrer sobre sistema representativo e vontade da maioria, mas sim, discutir as inúmeras formas de participação do povo na elaboração de políticas não excludentes, um pensamento que deve ser aplicado a vários campos, não estando restrito à esfera social e política. A democracia aplicada ao processo civil, por exemplo, envolve discussões enfrentadas inicialmente na dimensão política, revelando uma aproximação de conceitos que não pode ser ignorada.

#### ***4.1.2 Liberalismo, república e democracia***

A instituição do regime democrático não é concomitante à implementação do Estado Liberal, sendo-lhe posterior. Conforme dito anteriormente, havia uma concepção negativa em torno da democracia vivida pelos gregos antigos que associava o governo popular à manipulação, ao despreparo e à instabilidade. A democracia seria algo bom na teoria e péssimo na prática, conforme pensamento de Jean Bodin aqui já destacado.

Essa concepção negativa perdura ao longo da Idade Média, que favorece a implementação de monarquias absolutistas na Europa da Idade Moderna, duramente combatidas pelas revoluções liberais. O referido “favorecimento” decorre não das críticas ao regime democrático feitas pelos gregos antigos, mas sim do pensamento político que dominou o período medieval e que inseria a ordem do mundo dentro de uma grande ordem divina, onde

---

<sup>214</sup> Como esclarecem Delgado, Pimenta e Nunes, “Na Constituição Brasileira de 1988, os direitos sociais, inclusive os trabalhistas, passam a compor o núcleo da nova Constituição da República – ao invés de serem apenas seu apêndice, como próprio dos textos constitucionais inaugurados nas décadas de 1930 e de 1940. Em 1988, efetivamente, elege-se o trabalho digno como direito fundamental e universal, ao passo que os direitos trabalhistas são incorporados ao estuário superior dos direitos e garantias individuais e sociais fundamentais (Título II da CF/88). Como a razão de ser do Direito do Trabalho é justamente a proteção do ‘valor trabalho’ para o alcance da justiça social, daí decorre a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, como regra geral, inclusive constitucional. No plano da nova Constituição de 1988, o sistema jurídico passa a se orientar pela dignidade da pessoa humana, diretriz cardeal de todo o ordenamento jurídico. Nesse contexto, justifica-se a supremacia dos direitos fundamentais, inclusive os individuais e sociais-trabalhistas, com a sua intangibilidade” (DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e paradigmas contemporâneos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 485-515, 2019, p. 503. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i55.3405>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3405/37137> 1840. Acesso em: 2 jun. 2021).

o homem é um ser marcado pelo pecado original, à luz da filosofia de Tomás de Aquino<sup>215</sup>, que não dissociava a fé da razão.

Ao homem condenado a pagar os seus pecados não se reconhecia força ou virtude, algo que começa a surgir apenas no fim da Idade Média e começo da Idade Moderna com o desenvolvimento do Renascimento. A modernidade traz o desenvolvimento da filosofia do imanentismo, separando a fé e a razão, em oposição aos ensinamentos de Tomás de Aquino. Somente quando o homem passa a ser visto como aquele ser feito à imagem e semelhança de Deus, alguns dogmas católicos são abertamente contestados<sup>216</sup>.

É preciso entender a modernidade para compreender a formação das bases do pensamento democrático. O Estado Moderno traz características inexistentes no período medieval, tais como a delimitação territorial clara e o reconhecimento de um poder central dentro daquilo que temos hoje como soberania. A Igreja continua exercendo um forte controle, todavia, há todo um movimento de secularização que influencia os questionamentos acerca do discurso de legitimação da autoridade política, dentro de um pensamento filosófico identificado como contratualismo, escola que traz várias vertentes, mas que segue uma mesma estrutura, reconhecendo o poder como decorrente não de uma ordem divina sobrenatural, mas sim da escolha racional de alguns, revelando a tese da artificialidade da política ou do Estado.

Dentre os contratualistas, destaca-se Thomas Hobbes, que publica em 1651 a obra “Leviatã”, trazendo considerações acerca da representação política. Jaime Barreiros Neto afirma que “[...] a teoria da representação é comumente associada a Thomas Hobbes e sua teorização do contrato social”<sup>217</sup>. As críticas à teoria hobbesiana surgem, principalmente, em face da liberdade conferida ao representante, que “[...] seria livre para agir como quiser”, algo inconcebível com os valores republicanos do mundo contemporâneo, que tem, como um dos seus princípios, a responsabilidade dos governantes.

Hobbes demonstra uma preocupação no fortalecimento do poder central diante da ameaça que o estado natural representa. A forma hobbesiana do contratualismo acaba justificando o discurso das monarquias absolutistas.

---

<sup>215</sup> VALDIVIA-FUENZALIDA, José-Antonio. Sobre el realismo medieval. Un estudio a partir de Tomás de Aquino y Enrique de Gante. *Anuario Filosófico*, Navarra, v. 53, n. 2, p. 241, 2020. DOI: <https://doi.org/10.15581/009.53.2.001>. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-filosofico/article/view/34103>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>216</sup> Cf. LIEBEL, Sílvia. Abrir janelas nas almas dos homens: notas historiográficas nos 500 anos da Reforma Protestante. *História Unisinos*, São Leopoldo, v. 24, n. 3, p. 418-431, 2020, p. 422-423. DOI: <https://doi.org/10.4013/hist.2020.243.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/historia/article/download/hist.2020.243.07/60747960>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>217</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 29.

As monarquias absolutistas europeias sofrem grandes impactos com a Revolução Inglesa de 1689, a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, três marcos históricos que moldam o pensamento democrático das sociedades contemporâneas, segundo Dalmo de Abreu Dallari<sup>218</sup>. Estamos falando, portanto, do fim da Idade Moderna, período marcado pela transição do feudalismo para o capitalismo, que ingressa na Idade Contemporânea acelerando o processo de produção de bens e capitais com o fortalecimento da Revolução Industrial.

Barreiros Neto cita, ainda, a Magna Carta inglesa de 1215, como o instrumento que “[...] plantou as sementes da democracia moderna” ao exigir a submissão do rei às leis do reino<sup>219</sup>. Essas sementes, todavia, demoram a germinar, de maneira que somente no século XIX inicia-se, efetivamente, a implementação da democracia liberal no mundo ocidental, restando consolidada, da forma como a conhecemos hoje, no decorrer do século XX, que, entre outras coisas, promove o sufrágio universal.

A Revolução Francesa de 1789, tida como um dos marcos das revoluções liberais, discute as ideias de igualdade, liberdade e fraternidade<sup>220</sup>, princípios importantes das democracias liberais ocidentais. Havia, todavia, inicialmente, uma rejeição, por alguns liberais, ao ideal democrático, diante da oposição que se fazia entre os pensamentos democrático e republicano, associando-se, num primeiro momento, a democracia ao governo direto dos

<sup>218</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 10.

<sup>219</sup> “No século XIII, mais precisamente em 1215, na Inglaterra, vem ao lume a Magna Carta, convenção firmada entre o monarca João Sem Terra e os barões feudais na qual, de forma pioneira, é suscitada uma das noções basilares da democracia moderna, aquela segundo a qual o rei, naturalmente, deve vincular-se às leis que edita. Além disso, a Magna Carta reconhece a existência de direitos ao Clero e à Nobreza independentes do consentimento do monarca, bem como finca a noção da existência de um parlamento com poderes de fiscalização sobre os atos praticados pelo rei [...]. Pode-se afirmar que a Magna Carta inglesa plantou as sementes da democracia moderna, uma vez que “acaba proporcionando o desenvolvimento progressivo do ideal democrático, segundo o qual o poder não emanava mais de um ente divino ou de seus representantes na Terra, mas dos cidadãos livres e dos ocupantes de cargos eletivos”, através da consagração de princípios basilares como: 1) respeito, pelo rei, aos direitos adquiridos pelos barões; 2) a prévia audiência do Grande Conselho<sup>34</sup> (composto por barões e tenentes-chefes), para imposição de tributos; 3) o direito dos barões de se insurgirem contra o rei quando houvesse o desrespeito às leis do país; 4) o princípio do devido processo legal; 5) o princípio da proibição de denegação da justiça, pala cláusula 40 (“não venderemos, nem recusaremos, nem dilataremos a quem quer que seja o direito e a justiça”); 6) eleição, pelos barões, de 25 representantes para acompanhar as ações do rei, com vistas ao cumprimento do acordo estabelecido na Carta.” (BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 23-24. Disponível em: [http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia\\_compressed.pdf](http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia_compressed.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021).

<sup>220</sup> Os direitos à liberdade, igualdade e fraternidade, como visto anteriormente, são compreendidos por Karel Vasak como os direitos de primeira, segunda e terceira geração.

homens<sup>221</sup> e, portanto, à anarquia, enquanto a república estaria ligada ao modelo representativo e, assim, à moderação e racionalidade.

O que acontece, como explica Barreiros Neto, é que as noções de democracia e representação política nem sempre foram tidas como compatíveis, na verdade, eram “[...] inconciliáveis durante parte da Era Moderna e no início da Era Contemporânea”<sup>222</sup>.

Um dos grandes defensores dessa incompatibilidade foi Rousseau, para quem, segundo Cícero Araújo, “[...] não só fazia questão de distinguir ‘república’ e ‘democracia’, na medida em que diferenciava a *comunidade política soberana* da forma de *governo*”, como defendia a ideia de que a democracia seria impossível de ser aplicada a qualquer civilização terrestre, “[...] apropriada apenas a ‘deuses’”<sup>223</sup>.

Araújo esclarece que a partir da Revolução Francesa, todavia, houve uma conversão dos dois conceitos, que passaram a ser usados como sinônimos, a exemplo de Robespierre em discurso “[...] feito à Convenção em fevereiro de 1794”<sup>224</sup>. O ideal democrático deixa de ser associado à anarquia à medida em que se admite a incidência de princípios republicanos como a representatividade e a responsabilidade dos representantes.

A representatividade, para Araújo, não indicava, em verdade, o abismo que separava a democracia e a república, afirmando que a questão estava ligada à identificação dos

<sup>221</sup> A expressão “governo dos homens” decorre da inexistência de direitos políticos reconhecidos às mulheres neste período histórico.

<sup>222</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 31.

<sup>223</sup> ARAUJO, Cicero. República e democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 51, p. 5-30, 2000. p. 8. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-6445200000300002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/by87PCpsCcNkP8Swhbfvnxh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>224</sup> “Governo democrático ou republicano – esses dois termos são sinônimos, apesar dos abusos encontrados no palavrório vulgar... Democracia é um estado onde o povo soberano, guiado por suas próprias leis, faz por si mesmo tudo o que pode fazer bem, e por delegados o que não pode fazer por si mesmo... Mas qual é o princípio fundamental do governo democrático ou popular, em outras palavras, o pilar essencial que o mantém e o faz funcionar? É a virtude... que não é outra coisa senão o amor à sua terra natal e às suas leis... este sublime sentimento que supõe a preferência pelos interesses públicos acima de todos os interesses particulares (*Textes choisis III*. 113, *apud* Doyle, p. 272, e Rosan val Ion, p. 146). É curioso que Robespierre possa ter feito essa identificação com tanta segurança. Obviamente, mesmo antes da Revolução, ‘democracia’ podia ser pensada como um caso de ‘república’, na medida em que oposta a ‘monarquia’, como ocorre na tipologia proposta por Montesquieu (1949, II.2-3), mas jamais como sinônimo dela e menos ainda como uma forma de república altamente desejável. De qualquer forma, é certo que até mesmo o mestre inspirador de Robespierre não teria visto com bons olhos essa operação. Pois Jean-Jacques Rousseau não só fazia questão de distinguir ‘república’ e ‘democracia’, na medida em que diferenciava a *comunidade política soberana* da forma de *governo*, como considerava ‘democracia’ – o tipo em que todos ou a maioria absoluta dos membros da comunidade política são também membros do governo – uma forma praticamente inacessível aos seres humanos, apropriada apenas a ‘deuses’. Deixada a mortais seres humanos, precisamente porque nela o poder legislativo e o executivo, apesar de significarem funções distintas, estão nas mesmas mãos, a democracia é um governo que facilmente se corrompe (Rousseau 1978, pp.78-9 e 84-5).” (ARAUJO, Cicero. República e democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 51, p. 5-30, 2000. p. 8, grifo do autor. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-6445200000300002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/by87PCpsCcNkP8Swhbfvnxh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 mar. 2021).

homens aptos a tomar as decisões políticas do corpo social. Quanto mais restrito o conceito de cidadão, mais republicana seria a forma de governo, quanto mais ampliado, mais democrática se apresentava. O que separava a democracia da república, dessa forma, é que, enquanto a república conferia a homens com posições sociais diferentes, valores diversos, a democracia tratava pessoas diferentes de maneira igual, dentro da ideia de igualdade material trabalhada por Aristóteles<sup>225</sup>.

Segundo Barreiros Neto<sup>226</sup>, todavia, a crítica ou a defesa ao modelo representativo era uma forte distinção entre democratas e republicanos. Relata que os Estados Unidos do final do século XVIII e início do século XIX, enxergava na república, “[...] em consonância com as ideias propostas por Madison e pelos federalistas”, “o modelo ideal de governo”, defendendo, portanto, a representação política como forma de afastar o “governo de todos”, inviável no mundo moderno, além de buscar a forma federativa de Estado e o sistema de freios e contrapesos como instrumento de divisão e controle do poder.

O abismo entre democracia e república começa a ser reduzido com a ampliação do conceito de cidadania, reconhecendo-se a atores, até então compreendidos como estando à margem da sociedade, direitos inicialmente estendidos apenas aos nobres. O aumento do corpo de cidadãos e o reconhecimento da necessidade de representação, diante da impossibilidade de todo o corpo social se fazer presente na reivindicação por direitos, comunga ideais republicanos e democráticos, aproximando dois conceitos até então vistos como diversos, mas que hoje são complementares, já que ao falarmos em representação política expressamos a ideia de manifestação do povo, dentro da lógica trabalhada por Norberto Bobbio<sup>227</sup>, para quem a democracia pode alternar-se entre as suas formas direta e representativa, algo que a fortalece.

O liberalismo, dentro de toda a sua complexidade, está fortemente ligado às revoluções burguesas e suas lutas contra as monarquias absolutistas. A contestação ao regime é uma afirmação da liberdade do homem e, também, da rejeição à manutenção de privilégios que criam desigualdades sociais. É dentro desse cenário de combate ao Antigo Regime que surge uma nova semântica política, a do constitucionalismo.

Esse novo discurso traz uma necessidade de positivação dos direitos naturais e inalienáveis, defendendo-se a necessidade de se ter um corpo semântico desses direitos, o que acontece primeiro por meio das Cartas de Direito, a exemplo da Declaração de Direito do Povo

---

<sup>225</sup> ARISTÓTELES, 2014, p. 187.

<sup>226</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 32.

<sup>227</sup> BOBBIO, 2000, p. 53-76.

da Virgínia nos EUA em 1776 e da Declaração Universal dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos na França em 1789.

Há no preâmbulo da Declaração de Direitos francesa de 1789 a ideia de representatividade política, assim como a afirmação no texto da soberania do povo, algo que, posteriormente, será reproduzido nas Constituições liberais. Essa afirmação dos direitos inicialmente nas Declarações e, posteriormente, nas Constituições, repete-se tanto na experiência francesa quanto na americana, com a sua Declaração de Direito do Povo da Virgínia nos EUA de 1776. Isso identifica a função revolucionária das Declarações, que revelam o poder do povo ao concretizar no texto o ideal de soberania.

O constitucionalismo é reflexo do pensamento contratualista, que questiona a origem do poder e apresenta a tese da artificialidade do Estado, revelando que os governantes são investidos em seus papéis não em decorrência de uma escolha divina, mas sim em virtude da escolha do povo.

A forma escrita, manifestada primeiro nas Declarações de Direito e, posteriormente, nas Constituições liberais, traz segurança e previsibilidade à burguesia, que deseja a proteção de sua propriedade e do seu espaço de liberdade. Isso acontece no final do século XVIII, de maneira que se observa no século XIX um fortalecimento do positivismo, que vive, naquele momento, a era das codificações.

As constituições modernas são, dessa forma, escritas. A forma acompanha, ainda, o conteúdo, havendo certas matérias que devem, necessariamente, estar na Constituição, como, por exemplo, a separação de poderes e a proteção dos direitos individuais. É a partir daqui que se cria um potencial democrático.

As democracias do início do século XIX não são democracias plenas já que, por exemplo, não possuem sequer o sufrágio universal, além de serem marcadas por fortes desigualdades sociais, não obstante ter havido a extinção dos privilégios que sustentavam o Antigo Regime. Tem-se, todavia, já neste momento, a limitação da autoridade pela lei, a separação dos poderes e a representação política. Barreiros Neto indica, ainda, “[...] a instituição do brocardo segundo o qual ‘o que não está proibido por lei está permitido’” e, ainda, o pluralismo político como “[...] elementos constitutivos da teoria liberal democrática”<sup>228</sup>, revelando a importância da lei, da eleição, da divisão e da fiscalização do poder, todos instrumentos aptos a limitar o governante.

---

<sup>228</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 60.

Essa limitação importava ao sistema capitalista que havia substituído o feudalismo, não à toa os liberais clássicos, que pertencem à primeira fase do liberalismo, defenderem um Estado mínimo a partir da ideia de *laissez faire, laissez passere*. O pensamento liberal foi fortemente marcado, ainda, pela meritocracia, também alimentada pelo capitalismo, que ao permitir a mobilidade dos estratos sociais a partir do acúmulo do dinheiro, afirmava que a única forma de prosperar era por meio do trabalho duro.

O liberalismo, conforme já se demonstrou, não trazia, desde o início, a defesa da democracia, já que muitos anseios da burguesia não se coadunavam aos do povo. Havia, todavia, o desenho de um ideal democrático trazido pelas constituições escritas, pela separação de poderes e pelos direitos e garantias individuais. Esse desenho vai ganhando cor ao longo dos séculos XIX e XX, marcado pelas lutas de diversos grupos que buscam a ampliação do direito ao voto<sup>229</sup>, até chegarmos ao momento atual em que prevalece nas democracias liberais ocidentais o sufrágio universal.

Assim como aconteceu em Roma, onde a plebe, a base de muita luta, conquistou o direito de participar do governo popular ao lado dos patrícios<sup>230</sup>, a classe proletária europeia enfrentou a burguesia em busca de igualdade de direitos e efetivação dos chamados direitos sociais, que compreendem todos os instrumentos necessários a uma vida digna, como, por exemplo, saúde, educação e moradia.

As democracias liberais ocidentais do século XX refletem essas lutas, em que pesem as inúmeras divergências que marcam cada governo e cada corrente teórica desenvolvida a partir de experiências diversas, como explica Merquior, para quem o mais correto seria falar em “liberalismos”, no plural, já que “[...] sob uma etiqueta habitualmente empregada para classificar tanto um Friedrich von Hayek quanto um Raymond Aron, ou tanto um John Rawls quanto um Norberto Bobbio, é óbvio que há liberalismo e liberalismo”<sup>231</sup>.

<sup>229</sup> Cf. KARAJCZYK, Mônica. Os primórdios do movimento sufragista no Brasil: o feminismo “pátrio” de Leolinda Figueiredo Daltro. **Estudos Ibero-Americanos**, Porto Alegre, v. 40, n. 1, p. 64-84, 2014, p. 65-66. DOI: <https://doi.org/10.15448/1980-864X.2014.1.15391>. Disponível em: [https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/15391/pdf\\_79](https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/15391/pdf_79). Acesso em: 7 jun. 2021.

<sup>230</sup> “Em Roma, tal qual na Grécia, o governo popular surgiu em meados do século V a. C., com o nome de república (expressão que pode ser interpretada como ‘coisa pública’ ou ‘os negócios do povo’). Inicialmente, o governo da república era restrito aos patrícios, mas, com o tempo, a plebe, através da luta, adquiriu o direito de participar das assembleias populares. O sufrágio, entretanto, em momento algum alcançou as mulheres.” (BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 20. Disponível em: [http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia\\_compressed.pdf](http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia_compressed.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021).

<sup>231</sup> MERQUIOR, José Guilherme. Renascença dos liberalismos: a paisagem teórica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 13, p. 42-46, set. 1987, p. 42. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-6445198700030000500005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/SQWJPWrPqvbmKZLxSDGTqrs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

O arcabouço do liberalismo é construído a partir das lições dos liberais clássicos, como John Stuart Mill<sup>232</sup>, que traz críticas ao governo do povo por reconhecer a facilidade de manipulação e a possibilidade de ocorrência da “tirania da maioria”, defendendo a necessidade de um “[...] limite para a interferência legítima da opinião coletiva na independência do indivíduo”, como forma de evitar que a “própria sociedade” se transforme no tirano<sup>233</sup>.

Isso, todavia, não o faz contrário à democracia, embora defenda, em certos momentos, pensamentos contraditórios, como os que são apontados por Barreiros Neto, que apresenta Mill como um “[...] precursor do sistema eleitoral proporcional, considerado um instrumento de legitimação da participação das minorias na formação da vontade política” ao mesmo tempo em que “[...] também se colocava como um crítico à concessão do direito ao voto para cidadãos ignorantes e sem educação”<sup>234</sup>. Destaque-se, ainda, que Mill, como utilitarista, assim como Jeremy Bentham<sup>235</sup>, defendia certas políticas sociais que dependiam da democracia para a sua concretização.

Sobre Bentham, Marco E.L. Guidi<sup>236</sup> relata a ausência de alinhamento ao ideal democrático representativo em 1788, destacando que as alegações genéricas de sufrágio universal, na prática, estavam longe de alcançar todos os franceses. O entendimento do filósofo inglês muda com o reconhecimento dos benefícios trazidos à comunidade pelo modelo representativo em contrapartida ao modelo direto. Havia uma preocupação com o número de

---

<sup>232</sup> Mill afirma que “o ‘povo’ que exerce o poder nem sempre coincide com as pessoas sobre a qual ele é exercido, e o ‘autogoverno’ de que fala não é o governo de cada um por si mesmo, mas de cada um por todos os outros. A vontade do povo, além disso, quer dizer na prática a vontade da mais numerosa ou mais ativa *parte* do povo; a maioria, ou aqueles que conseguem se fazer aceitos como a maioria; o povo, conseqüentemente, *pode* desejar oprimir uma parte de si mesmo; e contra isso são necessárias muitas precauções, assim como qualquer outro abuso de poder. (MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 74-75).

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>235</sup> Cf. GUIDI, Marco E. L. Jeremy Bentham, the French Revolution, and the political economy of representation (1788 to 1789). **European Journal of the History of Economic Thought**, London, v. 17, n. 4, p. 579-605, Oct. 2010, p. 581-582. DOI: <https://doi.org/10.1080/09672560903552587>. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=54594859&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 7 jun. 2021.

<sup>236</sup> “*The new critical edition of Bentham’s writings on France reveals a different story; there was surely no ‘conversion’ to representative democracy in 1788. Despite an abstract formulation of the principle of universal suffrage, ‘Considerations’ recommended property qualifications that de facto excluded the large majority of the French population from the vote. Only in a manuscript written in autumn 1789, entitled ‘Project of a Constitutional Code for France’ (Bentham 2002 [1789b]), he went so far as to include the non-propertied among electors (Schofield 2006: 89-91).*” (GUIDI, Marco E. L. Jeremy Bentham, the French Revolution, and the political economy of representation (1788 to 1789). **European Journal of the History of Economic Thought**, London, v. 17, n. 4, p. 579-605, Oct. 2010, p. 582. DOI: <https://doi.org/10.1080/09672560903552587>. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=54594859&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 7 jun. 2021).

representantes sob a justificativa de que o número adequado evitaria que os representados perdessem o senso de identificação com os políticos eleitos.

#### ***4.1.3 As democracias liberais representativas e o discurso social do século XIX***

O modelo representativo é fortalecido com os liberais clássicos, ainda que, paradoxalmente, não se tenha, neste momento de virada entre os séculos XVIII e XIX, um discurso concreto e efetivo de ampliação do voto a todas as camadas populares, prevalecendo uma espécie de visão aristocrática daqueles que poderiam votar.

O século XIX traz aquilo que Barreiros Neto chama de “[...] segunda etapa da história do liberalismo, desenvolvida entre 1830 e 1930”, identificada como liberalismo conservador, que se opõe “[...] à tendência de democratização da política liberal exposta por pensadores como Tocqueville e Stuart Mill”<sup>237</sup>.

É necessário pensarmos aqui que toda revolução traz um sentimento de reação daqueles que não desejam mudanças. O espírito de mudanças da Revolução Francesa não foi unânime, havendo quem se opusesse aos gritos de liberdade, igualdade e fraternidade que buscavam concretizar-se após as lutas sangrentas.

Os conservadores se opõem aos ideais revolucionários, por acreditarem que os homens são imperfeitos e diversos por natureza, sendo necessário que o Estado estabeleça uma ordem por meio da defesa da hierarquia e autoridade, permitindo que, dentro desses critérios, os indivíduos atuem da melhor maneira que lhes convém, possibilitando que as aptidões e limitações de cada um sejam responsáveis pelo sucesso ou insucesso próprio, desmascarando, com isso, o ideal de justiça social, que serviria como um peso àqueles que produzem e um estímulo à inação daqueles que não produzem.

Uma das principais obras do pensamento conservador é a de Edmund Burke, contrário às revoluções por enxergar o homem como produto da natureza e defensor do respeito ao tempo necessário às mudanças, sendo inimaginável, em sua concepção, a tentativa de igualar os homens, já que a igualdade seria antinatural. Sobre a escravidão, por exemplo, Burke criticava o tratamento cruel imposto aos escravos, mas defendia uma abolição gradual, contrapondo-se aos abolicionistas que lutavam pela libertação imediata dos cativos e sendo, por isso bastante criticado, em que pese a razoabilidade de sua crença, segundo Gregory Collins<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 71.

<sup>238</sup> “*In the annals of the abolitionist movement, Burke does not merit the same level of acclaim as William Wilberforce and other celebrated antislavery advocates in the eighteenth and nineteenth centuries. Nor were*

A obra de Burke intitulada *Discurso aos eleitores de Bristol*<sup>239</sup> é bastante importante para o desenvolvimento da ideia de representatividade na ciência política moderna, por trazer questionamentos sobre a quem pertence o mandato e em que termos se daria a vinculação entre eleitor e eleito. Burke rejeita a ideia de que o representante eleito atue como um simples executor das ordens dos representados que o elegeram, afirmando que as ações dos membros do parlamento devem ser sempre guiadas pelo bem comum e não por interesses próprios ou dos eleitores.

O pensamento conservador acaba predominando na primeira metade do século XIX, sendo “a partir da década de 1870”, conforme informa Barreiros Neto, que surge, “como reação ao liberalismo conservador”, uma forma de pensar que resgata o discurso social, luta que se choca com o conservadorismo liberal. Os liberais sociais, diante de todas as desigualdades econômicas acentuadas pela Revolução Industrial, apontavam para a necessidade de intervenção do Estado, em oposição ao Estado-mínimo que permitia a ocorrência do trabalho infantil, de longas jornadas de trabalho e de execução do ofício sem o equipamento de proteção necessário, por exemplo.

Merquior resume este momento afirmando que “[...] o liberalismo clássico fizera recair o peso da justificação sobre a interferência estatal”<sup>240</sup>, evidenciando que a prática extremada do *laissez-faire* afastava a sociedade do bem comum, um valor importante para os liberais sociais, para quem, como informa Kaio Felipe, caberia “[...] ao Estado aprimorar a

---

*his views on slave reform synonymous with theirs. We can certainly criticize the soundness of Sketch's proposals, and even Burke's position that gradual abolition and gradual manumission were more effectual means to liberty than immediate abolition. But his plan was credible and serious. The cause of abolition was not a mere exercise in publicizing the moral evils of slavery, for it required examining a tangle of sensitive considerations regarding property rights, colonial settlements, private wealth, constitutional legitimacy, and many others matters. Burke demonstrated an unusually wide and prescient comprehension of these intersecting issues for his time. The Dean of Norwich commented in 1847 that Sketch had 'already taken a view of the nature and difficulties of the question which was well-nigh prophetic.'* (COLLINS, Gregory M. Edmund Burke on slavery and the slave trade. **Slavery & Abolition**, London, v. 40, n. 3, p. 494-521, Apr. 2019, p. 515. DOI: <https://doi.org/10.1080/0144039X.2019.1597501>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/0144039X.2019.1597501?journalCode=fsla20>. Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>239</sup> “O presente artigo, como o próprio título indica, é um discurso, proferido por Edmund Burke ao receber a notícia de ter sido eleito um dos membros do Parlamento inglês pela cidade de Bristol, no início de novembro de 1774. Em termos de Teoria Política, o discurso apresenta a concepção que Edmund Burke tinha da representação política, ou seja, das relações entre os representantes eleitos e seus eleitores. Burke rejeitava o mandato de tipo *imperativo*, em que o representante apenas ouviria as propostas e as demandas locais, feitas por seus eleitores, e reproduzi-las-ia no parlamento: seria, assim, mais um porta-voz com direito a voto que um político em busca do bem comum por meio da discussão racional com outros políticos. A esse modelo de representação, Burke propõe o que se chama atualmente de ‘mandato representativo’, em que o representante conheceria as demandas locais, mas, sem as negligenciar, buscaria compor com outros representantes uma política geral.” (BURKE, Edmund. *Discurso aos eleitores de Bristol*. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 97-101, nov. 2012, p. 97. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782012000400008>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/34423/21347>. Acesso em: 7 abr. 2021).

<sup>240</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações, 2014, p. 188.

igualdade de oportunidades, para que não apenas uma minoria da população possa usufruir materialmente da liberdade pessoal”<sup>241</sup>.

O liberalismo social, com destaque para a doutrina de John Maynard Keynes, ganhará força no século XX, no período entreguerras, em especial no enfrentamento da crise de 29, a Grande Depressão norte-americana que ecoou em vários outros países. Antonio Magliulo retrata Friedrich August von Hayek, um dos representantes da Escola Austríaca, como um dos opositores de Keynes, afirmando que, enquanto “[...] para Keynes a crise foi causada por um excesso de investimentos no lugar de despesas, para Hayek, ao contrário, foi o excesso de gastos no lugar de investimentos”<sup>242</sup>.

Hayek diverge do liberalismo social ao se opor ao papel crescente do Estado, alinhando-se ao pensamento de Ludwig von Mises, ambos convergentes com a doutrina neoliberal de Milton Friedman, grande crítico da atuação do Estado no mercado, que, segundo defende, deveria regular-se por suas próprias leis, distante de ideais irrealizáveis de justiça social, que retirariam do ser humano a capacidade de autogovernar-se, interferindo, indevidamente, no campo da liberdade de cada um.

#### **4.1.4 A democracia neoliberal da segunda metade do século XX**

A visão neoliberal ganha força no período pós-Segunda Guerra Mundial que rejeita os regimes fascistas e nazistas, cujos governos atuavam de forma bastante intervencionista, limitando a liberdade individual. Como explica Kaio Felipe, “[...] os neoliberais acreditam na tese da indivisibilidade da liberdade”<sup>243</sup>, de maneira que sem a liberdade econômica, todas as outras liberdades restariam, também, comprometidas.

A segunda metade do século XX é marcada pela Guerra Fria e as disputas ideológicas entre o liberalismo e o comunismo, prevalecendo, no mundo ocidental, a visão

<sup>241</sup> FELIPE, Kaio. Para além do neoliberalismo e da social-democracia: uma análise do liberalismo-social de José Guilherme Merquior. **Em Tese**, Florianópolis, v. 15, n. 1 (parte II), p. 129-151, mar./abr. 2018, p. 137. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/1806-5023.2018v15n1p129>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2018v15n1p129>. Acesso em: 7 abr. 2021.

<sup>242</sup> MAGLIULO, Antonio. Hayek and the Great Depression of 1929: Did he really change his mind? **European Journal of the History of Economic Thought**, London, v. 23, n. 1, p. 31-58, 2016, p. 57, tradução nossa. DOI: <https://doi.org/10.1080/09672567.2013.792373>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09672567.2013.792373>. Acesso em: 8 abr. 2021. No original: “Hayek was the great rival of Keynes. Both explained the Great Depression, applying opposing business cycle theories. For Keynes, the crisis was caused by an excess of saving over investment; for Hayek, on the contrary, by an excess of investment over saving”.

<sup>243</sup> FELIPE, 2018, p. 138.

liberal de mundo. Yuval Noah Harari<sup>244</sup> questiona o acerto do discurso do Presidente norte-americano Bill Clinton proferido em 1997, condenando a decisão do Partido Comunista Chinês de não “liberalizar a política chinesa”, já que as democracias liberais ocidentais enfrentam no século XXI uma crise de representatividade, enquanto a China avança como uma potência industrial e econômica.

A resposta parece estar em Norberto Bobbio, identificado por Merquior como “neocontratualista” e para quem, como afirma Barreiros Neto, “[...] o Estado Liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado Democrático”<sup>245</sup>, de maneira que o crescimento econômico à custa da restrição de direitos e garantias individuais não interessa àqueles que proclamam a liberdade e igualdade como valores civilizatórios máximos.

Há de se registrar, a propósito, uma grande discussão em 2020 sobre a forma das democracias liberais ocidentais lidarem com as medidas necessárias ao combate à pandemia do novo coronavírus, já que se apresentava muito mais simples a governos autoritários como a China restringir a liberdade de locomoção e impor o uso de máscara e distanciamento social aos seus habitantes, medidas que os governos democráticos encontraram muita dificuldade em tornar obrigatórias, já que foram sempre muito contestadas em face das garantias constitucionais que asseguram a todos as liberdades de locomoção e expressão. Sobre o assunto, Ricardo Wagner Oliveira Santos e Manuela Vidal e Silva Oliveira Santos advertem “[...] que assim como um Estado Democrático de Direito não convive com a ideia de governantes autoritários, não permite também a existência de direitos individuais absolutos”<sup>246</sup>, revelando a possibilidade de limitação de certos direitos fundamentais em situações justificadas.

O certo é que ao longo dos séculos, a partir do advento do Estado Liberal, várias transformações moldaram a democracia até chegar ao momento em que vivemos hoje, de consolidação do modelo representativo a partir do reconhecimento do voto como direito de todos e de todas, frente ao princípio “uma pessoa, um voto”. No caso da democracia brasileira, o artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil traz como fundamentos de nosso Estado Democrático “[...] a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”, revelando as bases democráticas que devem guiar as escolhas de todos os governos.

---

<sup>244</sup> HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 20-25.

<sup>245</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 80.

<sup>246</sup> SANTOS, Ricardo Wagner Oliveira; SANTOS, Manuela Vidal e Silva Oliveira. O absolutismo dos direitos individuais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/opiniao-absolutismo-direitos-individuais>. Acesso em: 31 maio 2021.

#### 4.1.5 A crise das democracias representativas e a maximização democrática a partir dos modelos participativo e deliberativo

O fortalecimento do ideal democrático ao longo do século XX, com a ampliação do sufrágio e o reconhecimento da democracia como “[...] o sistema político onde as pessoas podem escolher os seus líderes e substituí-los em eleições livres e justas”, conforme lição de Larry Diamond, enfrentou um momento de retração logo na primeira década do século XXI, num fenômeno que Diamond identifica como uma “recessão” representativa do perigo de encontrar-se “[...] à beira de uma depressão democrática”<sup>247248</sup>.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt retratam em sua obra *Como morrem as democracias* as diferenças entre os golpes sofridos pelos governos democráticos de alguns Estados durante o século XX e agora no século XXI, afirmando que os atuais “[...] assassinos da democracia usam as próprias instituições da democracia – gradualmente, subtilmente e, até, legalmente – para a matar”<sup>249</sup>. Os novos autocratas, segundo Levitsky e Ziblatt possuem quatro características que os denunciam: 1) não respeitam as instituições democráticas; 2) tratam os adversários políticos como inimigos; 3) proferem palavras agressivas e incentivam atos violentos; 4) punem os seus críticos.

O espaço concedido a esses extremistas, que geralmente se apresentam como combatentes do *establishment* político, decorre do processo de “[...] ruptura da relação entre

<sup>247</sup> HOW to Fix Democracy | Larry Diamond. Entrevistador: Andrew Keen. Entrevistado: Larry Diamond. [S. l.: s. n.], 2019. 1 vídeo (20 min). Publicado no canal Bertelsmann Foundation. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RtYRn1oiJ6U>. Acesso em: 10 maio 2021.

<sup>248</sup> Cumprer esclarecer que há divergência entre os estudiosos da democracia sobre o momento em que os regimes liberais representativos democráticos entraram em crise. Steven Levitsky e Daniel Ziblatt afirmam que o período entre 1990 e 2015 foi facilmente o quarto de século mais democrático na História do mundo – em parte porque as potências ocidentais, grosso modo, apoiavam a democracia” (LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como morrem as democracias**. São Paulo: Zahar, 2018, p. 210), já Larry Diamond retrata um declínio das democracias a partir do início do século XXI, momento em que “you can kind of see the gradual ascent of democracy, the rapid ascent after the cold war, then a more gradual ascent [...], and then, it just stop sat around 2005, and for the last 11 years, there has been no continued progress of democracy and freedom in the world, but worse than that, we have seen na erosion of civil liberties and political rights, a resurgence of corruption, and much more seriously resurgence of authoritarian norms and practices” (LARRY Diamond and Francis Fukuyama: Is Democracy in Crisis?. Palestrantes: Larry Diamond e Francis Fukuyama. [S. l.: s. n.], 2016. 1 vídeo (49 min). Publicado no canal World Affairs. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=x9J99sbGJBG>. Acesso em: 10 maio 2021). Jaime Barreiros Neto, por sua vez, destaca que “[...] a crise do liberalismo, desencadeada a partir de meados do Século XIX, alcançando o seu apogeu com a Crise de 1929 e a II Guerra Mundial, marcou a consolidação da derrocada do modelo puramente representativo de democracia” (BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 126. Disponível em: [http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia\\_compressed.pdf](http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia_compressed.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021).

<sup>249</sup> LEVITSKY; ZIBLATT, *op. cit.*, p. 15.

governantes e governados”, identificado por Manuel Castells não como “[...] uma rejeição à democracia, mas à democracia liberal tal como existe em cada país”<sup>250</sup>.

Isso significa dizer que o modelo representativo das democracias liberais ocidentais enfrenta uma crise decorrente daquilo que Castells nomeia de “profissionalização da política”<sup>251</sup>, onde, para muitos representados, há uma constatação de que “[...] os políticos se tornam um grupo social que defende seus interesses comuns acima dos interesses daqueles que eles dizem representar”, tornando inviável a manutenção do modelo político que, muito embora reconheça a titularidade do poder ao povo, retira de suas mãos a tomada das decisões que lhe afetam diretamente.

Diante da crise das democracias representativas liberais, discute-se, atualmente, muito sobre formas semidiretas de democracia, que promovem a maximização da participação, trazendo críticas à representação. Barreiros Neto relata a superação do “[...] minimalismo democrático, representado pela redução do papel do cidadão ao papel do eleitor, e fundado, em boa parte da história, no sufrágio restrito” e a sua substituição “[...] por uma perspectiva maximalista de democracia, a qual valoriza a participação, ou mesmo a deliberação pública, em detrimento de um modelo elitista e puramente representativo de exercício do poder popular”<sup>252</sup>. Dentre essas novas formas de democracia, queremos destacar a democracia participativa e a democracia deliberativa.

#### 4.1.5.1 A democracia participativa

A democracia participativa enfatiza a importância da participação direta do povo por meio de plebiscitos, referendos, projeto de iniciativa popular de lei etc. A crítica que se faz a esse modelo é a possibilidade de fraude, já que, embora exista uma aparência de fortalecimento da opinião pública na condução do governo, o que se tem, muitas vezes, é a manipulação dos institutos de participação direta para legitimar governos autoritários, advertindo Levitsky e Ziblatt que “[...] se as regras constitucionais fossem suficientes, então figuras como Perón, Marcos ou, no Brasil, Getúlio Vargas – todos tomaram posse ao abrigo de constituições [...] – teriam sido presidentes de um ou dois mandatos em vez de autocratas.”<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> CASTELLS, 2018, p. 7-8.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>252</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 121.

<sup>253</sup> LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 106.

#### 4.1.5.2 A democracia deliberativa

Surge, diante disso, o modelo deliberativo de democracia como alternativa ao modelo participativo, na tentativa de conter as fraudes e tornar a participação popular mais legítima. É sobre a democracia deliberativa que falaremos agora.

Horochovski *et al.* relatam que “[...] o modelo deliberacionista de democracia foi proposto nos anos 1980, na trilha da publicação da teoria da ação comunicativa por Habermas (1987)”<sup>254</sup>, que destacava a importância da comunicação pelo uso da linguagem. Jürgen Habermas desenvolve em sua teoria do agir comunicativo a concepção de que os seres de uma sociedade são, por natureza, comunicativos, evidenciando a importância da linguagem como instrumento das relações sociais. Toda comunicação humana é feita por meio da linguagem, seja escrita, falada ou gestual. O modelo de ação comunicativa aplicado ao campo da política permite o desenvolvimento da democracia deliberativa.

O agir comunicativo ou teoria do discurso representa, dentro do contexto político, a importância da comunicação para a efetivação da democracia, que deve ocorrer de maneira deliberativa, não impositiva, “numa relação do tipo centro-periferia”, como explica Cláudia Feres Faria, que esclarece tratar-se o centro do “núcleo do sistema político” e a periferia da “[...] esfera pública composta por associações formadoras de opinião”<sup>255</sup>, revelando um outro conceito trabalhado por Habermas, que é o de esfera pública.

A teoria democrática deliberativa enfatiza a importância do discurso e da participação no processo de decisão coletiva das diversas vozes que serão por ela impactadas e que se manifestam nos mais diversos espaços públicos, tantos os institucionais quanto os extra-institucionais, ressaltando Cláudia Feres Faria que “[...] é a partir da inter-relação entre esses dois espaços que se encontra a possibilidade de governo legítimo”<sup>256</sup>. Não se ignora aqui a complexidade das relações sociais dentro de uma sociedade pluralista, ao contrário, é

<sup>254</sup> HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; CLEMENTE, Augusto Junior; SAMPAIO, Rafael Cardoso; MENDONÇA, Ricardoso Fabrino. Democracia deliberativa no Brasil: a expansão de um campo concentrado. *Civitas*, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 583-604, set./out. 2019, p. 586. DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2019.3.33518>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/civitas/a/WZzCSHxKSSYjJ6C353Lfw5K/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 5 jun. 2021.

<sup>255</sup> Feres Faria diz que “no centro localiza-se a administração, o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (parlamento, eleições políticas, partidos) que formam o núcleo do sistema político; na periferia encontra-se a esfera pública composta por associações formadoras de opinião, especializadas em temas e em exercer influência pública (grupos de interesse, sindicatos, associações culturais, igrejas etc.)” (FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova*, São Paulo, n. 49, p. 47-68, 2000, p. 47-48. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-6445200000200004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/VH5sdwRWmTZFXm9dFYCzKDM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021).

<sup>256</sup> FARIA, 2000, p. 48-49.

justamente por reconhecê-la que a legitimidade da decisão coletiva é condicionada à participação da sociedade.

A deliberação dos diversos agentes sociais deve ser pautada pelo entendimento, ou seja, não se busca uma discussão infrutífera na tentativa de forjar uma decisão democrática, mas sim objetiva-se, através da prática argumentativa, conceder reais condições de participação e argumentação a todos aqueles que participem da vida em sociedade, a quem deverá ser garantida igualdade de condições no momento do debate.

Para Habermas, a legitimidade do processo político passa, necessariamente, por seu processo de formação, de maneira que há toda uma preocupação com a ética do discurso, com a igualdade entre os participantes do debate, com a extensão do conceito de esfera pública, para alcançar não apenas os parlamentos, mas, igualmente, as associações de bairro e até mesmo a internet. O agir comunicativo visa ao entendimento e, justamente por isso, é pautado por elementos não coercitivos e imprescindíveis à racionalidade das opiniões e à autonomia dos indivíduos.

Sobressai-se no modelo deliberativo de democracia a importância do discurso e da argumentação no debate político para a formação de decisões legítimas. Há, segundo Habermas, a necessidade de que os atores participantes do processo de formação da decisão coletiva busquem o entendimento por meio do debate, que deve ser cooperativo, racional e ético. Sem esses elementos, não há como os agentes sociais se expressarem pela linguagem, que só alcança o seu potencial quando é efetivada em um ambiente de transparência, livre de manipulações, que faça chegar ao outro, de maneira clara e respeitosa, a mensagem exteriorizada na esfera pública.

Cláudia Faria ressalta uma distinção entre diálogo e discurso encontrada em Habermas por James Bohman, que defende a deliberação pública “[...] através do diálogo e não do discurso”. O processo dialógico de Bohman, segundo Faria, seria mais democrático ao não exigir as qualificações próprias de um discurso, que requer uma “[...] expertise epistêmica específica”, enquanto o diálogo “[...] é aberto a todos os cidadãos que desejam formatar o resultado da deliberação”<sup>257</sup>. Habermas, todavia, revela uma preocupação com a aplicação do

---

<sup>257</sup> Como esclarece Faria, é na escolha pelo diálogo e não pela discussão que “[...] reside uma das principais divergências entre Bohman e Habermas. Em que pese o fato de Bohman reconhecer a importância da concepção habermasiana de esfera pública e sua capacidade de generalizar a comunicação, a deliberação, para esse autor, se torna pública através do diálogo e não do discurso. A análise do diálogo estaria interessada em como a interação pública produz os efeitos práticos nos participantes que elaboram razões convincentes, ao passo que a análise do discurso se interessa pelos argumentos e pelos tipos de justificação que possam ser publicamente convincentes. Além disso, a versão discursiva oferecida por Habermas busca reconstruir os ideais de convergência, unanimidade e imparcialidade em temas políticos. Esses ideais não são, segundo Bohman,

princípio da igualdade às partes em sua teoria do discurso, não ignorando os diferentes impactos que as diferentes vozes possuem, o que, desde que não se verifique qualquer desequilíbrio, não deslegitima o debate.

A ética do discurso tem a ver com a franqueza e o respeito às normas legais que, para Habermas, são distintas das normas morais, já que o Direito diferencia umas das outras. O ordenamento jurídico pátrio, como identifica o Código Civil, rege-se pelo princípio da eticidade, que impõe uma conduta pautada na boa-fé objetiva. Há de se reconhecer, todavia, como esclarece Luiz Moreira, que “[...] quando um indivíduo pauta sua ação pela descrição de cunho prático contido na lei, ele, ao mesmo tempo que se guia pela lei, pergunta pela base de validade do Direito que, em última instância, é fornecida pelos princípios morais”<sup>258</sup>. É quase como se, na tentativa de nos afastarmos de algo, acabássemos indo, justamente, ao seu encontro, o que nos permite relativizar muitos conceitos, sem, todavia, entrar num relativismo.

Cuida-se de conclusão, inclusive, passível de aplicação ao campo processual, já que no processo, ao mesmo tempo em que o juiz se guia pelos argumentos fáticos e jurídicos, a sentença é, em última instância, a sua análise dessas questões, daí a importância de se ter regras claras que mitiguem esse campo de subjetividade e apliquem ao processo limites de atuação do juiz, que deve privilegiar a manifestação das partes na tentativa de se alcançar a verdade processual e obter a pacificação social.

A democracia deliberativa evidencia a importância do discurso (ou do diálogo), o que enfatiza a participação das partes que, como dito, se comunicam por meio da linguagem na tentativa de se alcançar um entendimento que privilegie o debate de ideias de maneira ética, racional e igual. Há uma necessidade cada vez maior de participação dos cidadãos no processo político como forma de legitimar as decisões coletivas.

No campo processual, o deslocamento do protagonismo do juiz para as partes deve-se, em parte, ao contraditório material e o seu direito de influência e vedação de decisão surpresa, aspectos que passam, necessariamente, pelo modelo cooperativo de processo, que promove, justamente o debate entre os sujeitos processuais. Essa comunicação equipara-se à deliberação no modelo de democracia proposto por Habermas, já que parte da possibilidade de as partes influírem de maneira legítima na decisão.

---

necessariamente os pressupostos da discussão democrática ou da argumentação pública” (FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, n. 49, p. 47-68, 2000, p. 60-68. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452000000200004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/VH5sdwRWmTZFXm9dFYCzKDM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021).

<sup>258</sup> MOREIRA, 2019, p. 40.

#### 4.1.5.3 As críticas de Young à teoria deliberativa de Habermas

A teoria de Habermas enfrenta críticas por ser considerada irreal, muito idealizadora do debate político que efetivamente ocorre nas sociedades liberais, onde os interesses pessoais predominam o campo da política. Iris Marion Young defende que são as “atividades de enfrentamento” como as “passeatas, boicotes e ocupações” aquelas necessárias à conquista e efetivação de direitos, não o debate, uma vez que nas sociedades contemporâneas, “[...] as desigualdades estruturais estão na base de significativas injustiças e males sociais”<sup>259</sup>. Young refuta a deliberação por entender que ela sempre irá privilegiar os grupos poderosos, não trazendo qualquer mudança significativa aos indivíduos marginalizados, que continuarão sofrendo os efeitos das políticas de exclusão pautadas pela minoria detentora do poder.

A crítica é importante e nos leva a questionar de que maneira essas considerações refletem no âmbito do processo civil, que se aproxima do modelo deliberativo de democracia, por ser guiado pelo princípio do contraditório. Logo, nos deteremos, agora, após a identificação dos elementos que configuram o modelo deliberativo de democracia, na análise de como esse modelo conversa com os princípios constitucionais processuais.

## 4.2 O diálogo entre o modelo deliberativo e o contraditório material

Humberto Theodoro Júnior<sup>260</sup> afirma que a relação dialogal entre as partes visando à efetivação do contraditório material, identifica a democracia deliberativa processual. No mesmo sentido, temos Fredie Didier Jr que diz que “[...] o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo”<sup>261</sup>.

A importância de reconhecer o contraditório material como expressão da democracia deliberativa decorre da relação entre contraditório formal e minimalismo elitista<sup>262</sup> e, ainda, contraditório material e maximalismo participativo. Barreiros Neto esclarece, conforme anteriormente colocado, que a superação do minimalismo democrático deriva do

<sup>259</sup> YOUNG, 2014, p. 188.

<sup>260</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, v. 1, p. 84-89.

<sup>261</sup> DIDIER JR., 2018, p. 105.

<sup>262</sup> A expressão “minimalismo elitista”, segundo Jaime Barreiros Neto refere-se ao “modelo elitista prevalente nos primórdios da chamada “sociedade contemporânea”, estabelecida, principalmente, após a Revolução Francesa” (BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 128. Disponível em: [http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia\\_compressed.pdf](http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia_compressed.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021).

reconhecimento, hoje, da importância da participação do indivíduo no debate político, que atrai uma perspectiva maximalista de democracia ao justificar a atuação do povo em espaços antes reservados somente aos seus representantes.

Há, em nosso ordenamento jurídico, alguns microssistemas que reproduzem a lógica de certos macrossistemas, a exemplo das alterações sofridas pelo processo civil, evidenciadas na Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil, e aquelas enfrentadas pelo Estado de Direito Democrático quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A evolução da teoria democrática, que vem superando a distância entre representantes e representados ao reconhecer que a ideia de participação convive com a de representação, está presente, também, no processo, que supera o distanciamento entre partes e juiz para identificar todos como sujeitos do contraditório, destinando ao juiz deveres de participação e colaboração até então somente entregues às partes.

Isso significa dizer que dentro da lógica do processo, assim como se verificou em nosso Estado de Direito, havia uma aparente outorga de poder à parte que, na realidade, possibilitava uma atuação discricionária (e muitas vezes arbitrária) dos governantes. Essa confirmação não negava, todavia, a escolha democrática feita pela CRFB/88, mas, tão somente, revelava uma falha em nosso sistema, que padecia de efetivação dos direitos fundamentais. Para ficar mais claro, no âmbito do processo tínhamos, por exemplo, o contraditório formal que garantia às partes participação, o que, no entanto, mostrou-se insuficiente à concretização do direito ao processo justo, já que ao reduzir o papel das partes à sua participação no processo, não alcançava o juiz como sujeito do contraditório, tampouco reconhecia o direito de influência a ser exercido numa relação dialogal e a vedação de decisão surpresa, elementos imprescindíveis à efetivação da tutela jurisdicional justa e legítima.

A democracia relaciona-se à participação com diálogo e transparência dos processos de decisão. Dentro do processo civil, falamos em partes, logo, a ampliação de seus poderes pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, significa, dentro dessa lógica, um avanço democrático no processo civil brasileiro. Assim como não se concebe, hoje, que o cidadão seja reduzido ao papel de eleitor, não se vislumbra como alcançar a justiça da decisão sem que o juiz seja, também, identificado como sujeito do contraditório.

O que acontece é que se reconhece no espaço político as decisões dos representantes como tradução não apenas dos interesses individuais de seus representados, mas, igualmente, dos interesses de toda a coletividade. O processo, da mesma forma, tutela um interesse coletivo que vai além da esfera individual dos sujeitos processuais, que é a pacificação social. Se a lógica

da democracia deliberativa exige a redução do distanciamento entre representantes e representados no sentido de possibilitar ao indivíduo maior participação no debate, da mesma forma, é de se reconhecer que o alcance do juiz como sujeito do contraditório material reduz, em certa medida, a distância que possuía em relação às partes, contribuindo para a efetivação da democracia deliberativa no processo por meio do diálogo e da cooperação.

É de se destacar que dentro do campo processual não há uma distinção entre deliberação e diálogo, conforme a crítica de Bohman à Habermas, já que estamos lidando com sujeitos processuais que visam obter o provimento jurisdicional final de mérito e não com agentes políticos e sociais que buscam convencer toda uma coletividade a seguir determinada direção para que seja alcançada a decisão conjunta. A “expertise” que Bohman credita ao discurso e que entende ser dispensada no diálogo pertence, no processo, aos advogados, não às partes, de maneira que o debate ali enfrentado, ainda que siga todo um rito processual com observância à formalidade dos atos, atende, em última medida, à efetivação dos direitos fundamentais processuais, que no âmbito do processo cooperativo, se desenvolvem a partir da colaboração e diálogo entre os sujeitos.

Ao tratarmos de democracia deliberativa no processo, falamos tanto na teoria do discurso de Habermas no que diz respeito à comunicação entre as partes pela linguagem e à importância da igualdade, imparcialidade, eticidade e racionalidade, quanto no diálogo de Bohman no que se refere à facilidade de comunicação entre as partes.

O processo deliberativo democrático traz uma redução da distância entre o juiz e as partes, o que, longe de afrontar a imparcialidade necessária ao julgamento, torna o magistrado sujeito interessado na obtenção de uma decisão justa e legítima, diante do seu dever de analisar todos os aspectos importantes ao deslinde do feito, frente à vedação de decisão surpresa. Destaque-se, ainda, que a distância permanece quanto à condição do juiz de autoridade competente para manter a ordem e julgar a causa, de maneira que há uma aproximação enquanto reconhecimento do magistrado como sujeito do contraditório e um afastamento diante de sua autoridade na condução dos autos.

Como se observa, enquanto a democracia representativa não logrou êxito em concretizar os valores democráticos, permitindo que as desigualdades sociais ficassem cada vez mais evidentes, o contraditório formal não foi suficiente para a concretização do direito ao processo justo, que depende da dimensão material do contraditório, a saber, o direito de influência e a vedação de decisão surpresa, tradutores da importância da participação e do diálogo desenvolvidos num processo pautado pela cooperação.

O juiz, segundo Habermas<sup>263</sup>, emana a sua autoridade através do poder sancionador. A legitimidade da decisão judicial, por sua vez, provém da autoridade que a prolata e do procedimento que foi seguido. Isso evidencia a importância de observância das regras não apenas pelas partes, mas, também, pelo magistrado, que deve, necessariamente, participar do contraditório no sentido de permitir o diálogo no processo e considerar, efetivamente, em sua decisão, os argumentos e provas produzidos ao longo da instrução, determinando, ainda, caso observe ponto importante sobre o qual não houve pronunciamento, que seja concedido prazo para manifestação.

Luiz Moreira<sup>264</sup> esclarece que as sociedades modernas são fundadas no princípio da liberdade, o que significa dizer que o Direito é, também, em certa medida, um instrumento concretizador dessa liberdade, visto que somente admite qualquer restrição a esse valor por meio de decisão judicial que observe o devido processo legal.

O ordenamento jurídico é disciplinado por homens livres, que dentre aqueles valores postos em sociedade, escolhem os que melhor se ajustam. Há, portanto, uma tripla menção à liberdade: liberdade para instituir o ordenamento, liberdade para definir as regras que o guiarão e liberdade para redefini-las ao longo do caminho.

O processo civil, ao contar com a ampla participação das partes, é visto como exercício da democracia. Os direitos materiais são garantidos pelo processo, que, assim como a vida, deve ter *início*, evitando-se, com isso, a parcialidade do juiz e a ofensa ao princípio da inércia, ressalvados os casos legalmente previstos; *meio*, para oportunizar a atuação das partes e a produção de provas; e *fim*, para garantir a segurança jurídica.

Ainda quando findo, o processo possui reflexos *ad eternum*, isso porque a decisão proferida pelo juiz não tem seus efeitos cessados pelo decurso do tempo ou vontade das partes, revelando a importância da probidade da tutela jurisdicional.

Há de se reconhecer que um processo sem a participação das partes é nulo, por ofensa ao princípio do contraditório. A nulidade, todavia, não decorre apenas do prejuízo trazidos aos demandantes, mas ao ordenamento jurídico como um todo, visto que a participação dos litigantes e a transparência do processo, ao serem considerados como expressão da democracia, termina por significar que o seu desrespeito viola o próprio regime instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

---

<sup>263</sup> HABERMAS, 1997, p. 50-51.

<sup>264</sup> MOREIRA, 2019, p. 31.

A vedação à autotutela não pode possibilitar que ao livrar a parte da imposição da força do seu opositor seja submetida a uma decisão ilegítima do juiz, devendo o ordenamento garantir ao litigante instrumentos que o amparem frente a uma eventual atuação arbitrária daquele que deveria zelar pela boa condução do processo.

Dentre esses instrumentos, destaca-se o princípio do contraditório material, que é a expressão da democracia deliberativa dentro do processo. O processo, em si, já é um instrumento democrático, visto que garante às partes a discussão do direito material pretendido. O primeiro passo, portanto, é verificar se há, no ordenamento jurídico, espaço efetivo para a concretização do acesso à jurisdição, por meio do ajuizamento de ação. Verificado isto, deve-se, então, indagar se o processo é meio substancial ou apenas formal de manifestação das partes. Caso exista observância ao contraditório substancial, o processo poderá ser considerado democrático.

#### ***4.2.1 A fundamentação das decisões e o contraditório material***

Note, portanto, que não é a previsão do contraditório material que torna o processo um instrumento da democracia, mas a sua efetiva concretização. Como confirmar, então, que esse é o caso? Pela análise da sentença judicial ou do acórdão. O que comprova, portanto, se as partes exerceram ou não o seu direito de influência no processo não é a sua manifestação nos autos, mas a forma como essa foi considerada pelo julgador.

Parece óbvio, mas não é. Imagine um processo eleitoral onde é oportunizado o direito de voto a todos os cidadãos que comparecem às urnas livremente para votar, sem que, todavia, esses votos sirvam para a escolha do candidato. Não se pode dizer nesse caso que o representante foi eleito pelo povo, mas, tão somente, que o povo exerceu o seu direito de voto, que, todavia, nada representava para a definição do governante.

A ofensa à democracia, aqui, nesse exemplo fictício, não decorre da ausência de participação do povo, mas sim da manipulação das regras, uma vez que se teria forjado um ambiente democrático para conferir uma aparência de legitimidade a uma decisão totalmente arbitrária, visto que a escolha do candidato não teria considerado os votos populares. Não há democracia num ambiente de manipulação.

Assim como questionamentos acerca da legitimidade do voto são acusações sérias, eventuais dúvidas acerca da probidade da sentença judicial não devem ser minimizadas, devendo ser encaradas como o ato atentatório à democracia que são. A ilegitimidade de uma

decisão judicial não é prejudicial apenas às partes do processo, mas a todo o ordenamento, visto que longe de trazer a pacificação social, gera insegurança jurídica.

A motivação das decisões judiciais é um princípio fundamental processual e deve conter as razões de fato e de direito que levaram o julgador a decidir naquele sentido, não admitindo o ordenamento simulacros de decisões que forjem uma fundamentação sem qualquer respaldo jurídico, a exemplo daquela proferida pelo Ministro Nelson Hungria no caso Café Filho (STF, Pleno. Mandado de Segurança n. 3.557/DF, rel. para o acórdão min convocado Afrânio Costa, j. 7.11.56), onde afirmou que o impedimento do candidato “[...] para assumir a presidência da República, antes de ser declaração do Congresso é imposição das forças insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica”<sup>265</sup>, deixando de conhecer do pedido de segurança. A observação que se faz à decisão do Ministro Hungria decorre da impossibilidade de se admitir hoje um ato jurisdicional que justificasse a inércia do Judiciário numa suposta impossibilidade de se voltar contra a politização das Forças Armadas. Em que pese se reconhecer não ser possível julgar o passado com os olhos do presente, o exercício é feito tão somente para fins didáticos, numa tentativa de traduzir o alerta feito por Bruce Ackerman<sup>266</sup> que relaciona o declínio e a queda da república americana a algumas transformações sofridas nos últimos quarenta anos, dentre as quais destaca, justamente, a politização militar.

A legitimação do processo vem do ordenamento jurídico, mas a sua validade vem da atuação do Juiz, que deve ser a autoridade competente e imparcial a apresentar uma decisão fundamentada. A demonstração da imparcialidade vem da consideração, pelo juiz, dos argumentos de ambas as partes. Imparcialidade não é neutralidade até porque, eventualmente, o magistrado precisará escolher um dos lados, deferindo ou indeferindo o pedido apresentado pelo autor. Isso significa que enquanto na democracia deliberativa a preocupação do debate é o convencimento mútuo, no processo cooperativo, as partes estão interessadas em convencer o juiz, que deve, diante das visões antagônicas, buscar a verdade do processo com a finalidade de prolar a sua decisão final.

A atenção com a regularidade dos procedimentos reunidos no processo é também uma finalidade da democracia deliberativa, que busca demonstrar a importância do debate

---

<sup>265</sup> FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial**: Ministro Nelson Hungria. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 101. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/NelsonHungria.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.

<sup>266</sup> ACKERMAN, Bruce. **The decline and fall of the american republic**. Cambridge, MA: Belknap Press, 2013, p. 52-110.

público na formação da decisão coletiva, de maneira que esta é válida não porque expressa a vontade de uma maioria, mas sim porque foi discutida por vários atores sociais e políticos, por meio da argumentação razoável, até chegar àquele consenso. As críticas aqui já colocadas à deliberação diante da idealização do debate político que seria, na verdade, um ambiente de reforço da estrutura do poder e não de mudanças estruturais, só atestam a importância do processo de formação da decisão coletiva, visto que combate não a deliberação em si, mas a impossibilidade de que esta ocorra em um ambiente de manipulação. Dito de outra forma, o ativismo democrático não nega a importância do debate e do processo de formação das decisões políticas, mas apenas afirma que qualquer deliberação é ilusória dentro de um Estado estruturado em desigualdades sociais que beneficiam os pequenos grupos dominantes<sup>267</sup>.

Daí a razão de, no processo, o juiz também ser sujeito do contraditório, sendo-lhe vedada a prolação de decisão fundada em ponto sobre o qual as partes não tenham se manifestado, porque, de outra forma, não haveria possibilidade de discussão, já que, independentemente de todas as questões fáticas e jurídicas manifestadas ao longo do processo, as partes poderiam, a qualquer momento, ser surpreendidas com decisão sobre questão que sequer imaginavam passível de influir no julgamento, o que traria desequilíbrio, em afronta ao princípio democrático.

O certo é que, assim como “[...] na democracia deliberativa, a fonte de legitimidade não é mais, como no modelo liberal, a vontade predeterminada e livre dos indivíduos, mas sim o próprio processo de formação da vontade consensual, através da deliberação<sup>268</sup>, a decisão jurisdicional no processo civil tem a sua legitimidade decorrente não mais, apenas, em face da

<sup>267</sup> Neste sentido, Iris Young afirma que “apesar de não ser deliberativa, no sentido de participar da apresentação ordenada de argumentos, a maioria dos engajamentos políticos ativistas pretende comunicar ideias específicas a um público amplo” (YOUNG, Iris Marion. Desafios ativistas à democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 13, p. 187-212, jan./abr. 2014, p. 194. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522014000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/qkxjWbLxbXbLvr4tNkLMhqQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>268</sup> Jaime Barreiros Neto esclarece, ainda, que “Segundo lição de David Held, os democratas deliberativos afirmam que nenhum conjunto de valores ou perspectivas concretas pode ser previamente proclamado como correto e válido em si mesmo, somente podendo alcançar este patamar na medida em que for justificado. Neste sentido, os pontos de vista individuais devem ser contrastados mediante uma interação social que leve em conta a diversidade de pontos de vistas, tendo como pressuposto o princípio da reciprocidade. Ao contrário do modelo liberal de democracia, que pressupõe que os cidadãos entram no processo político democrático com preferências fixas, a democracia deliberativa propõe que, em condições de liberdade e igualdade, os participantes do processo político estejam preparados para convencer, mas também para ser convencidos, questionando e mudando seus próprios valores e preferências. De acordo com Catherine Audard, as três grandes ambições do modelo deliberativo de democracia são a transformação das preferências, com o argumento substituindo a simples barganha; a transformação dos cidadãos, gerada pelo aprimoramento da educação cívica; e a tomada de boas decisões políticas, gerada pela maior discussão dos problemas pelos atores sociais” (BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 129. Disponível em: [http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia\\_compressed.pdf](http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia_compressed.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021).

autoridade competente que a prolata, mas sim da demonstração de que a sentença decorre de processo válido que garantiu às partes a justiça na entrega do direito material a partir da observância do contraditório formal e material em processo colaborativo.

O princípio do contraditório e o princípio da cooperação, como visto, são princípios fundamentais processuais<sup>269</sup>, o primeiro com previsão expressa na CRFB/88 e no CPC, e o segundo com previsão implícita na Constituição, já que decorrente do princípio do devido processo legal, e expressa na norma processual civil. Ressalte-se, mais uma vez, que parte da doutrina entende a cooperação não como um princípio, mas como um dever.

#### ***4.2.2 A deliberação e a racionalidade jurídica***

Habermas<sup>270</sup> reconhece a importância do Direito para o bom desenvolvimento do agir comunicativo necessário à deliberação, afirmando que as sociedades modernas legitimam o Direito a partir do próprio ordenamento jurídico, distanciando-o da moral. O que acontece é que, como aqui já se mencionou, a discussão do positivismo ainda no final do século XVIII afastou a conexão entre Direito e moral para afirmar o império da lei, que se sustenta diante da legitimidade do ordenamento e do poder coercitivo do Estado. É importante reconhecer que essa discussão é retomada pelo neoconstitucionalismo de Barroso que, apoiado no pós-positivismo, reafirma a necessidade de reaproximação entre Direito e moral como forma de efetivar os direitos fundamentais diante do *deficit* normativo da Constituição Federal de 1988. Esse registro evidencia a importância de se discutir a nova hermenêutica jurídica, frente aos seus reflexos na compreensão do sistema jurídico, que é interligado e pretende ser uno e coeso.

A razão comunicativa de Habermas utiliza-se de estruturas jurídicas do Estado, reconhecendo que a formação de elites na sociedade exige que o diálogo se pautem em elementos mais concretos do que o bom-senso para a formação de políticas públicas que alcance a todos e não apenas um grupo privilegiado em detrimento de outro grupo marginalizado, razão pela qual enfatiza a importância da atuação das “[...] associações e organizações livres”<sup>271</sup> e, inclusive, da mídia, como alerta Barreiros Neto<sup>272</sup>.

---

<sup>269</sup> Lembrando que, conforme anteriormente afirmado, há quem negue a condição de princípio à cooperação, tratando-a como um dever, a exemplo de Lênio Streck, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery.

<sup>270</sup> HABERMAS, 1997, p. 190-210.

<sup>271</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 135.

<sup>272</sup> Jaime Barreiros Neto destaca que, para “Ricardo Tinoco de Góes, quatro são as características principais da abordagem de Habermas sobre a democracia deliberativa: a ideia segundo a qual a deliberação democrática só seria possível por meio dos postulados da teoria do discurso, substitutiva de uma visão individualista de escolha racional; a inexistência de valores predefinidos, representantes de cosmovisões individuais e condicionantes da

Fala-se numa racionalidade jurídica que permite ao Direito agir como fator de integração social, uma vez que a moral falha nesse sentido em sociedades complexas como as modernas, onde a multiplicidade de relações e pensamentos torna inviável que cada um defina o que é certo e o que é errado e aja a partir de sua convicção. O Direito, ao trazer a norma e a sanção, explicita o caminho a seguir, deixando ao livre arbítrio do indivíduo optar por obedecer a norma e viver em sociedade ou descumpri-la e arcar com as consequências de sua escolha.

Isso acontece porque as sociedades modernas são fundamentadas na liberdade. Nada se pode tolher a liberdade do indivíduo, de maneira que o que se permite é a sua limitação, jamais a supressão. É evidente, todavia, que muitas normas do ordenamento jurídico reduzem a liberdade da conduta nos termos ali expressos, mas, ainda assim, há liberdade de atuação do indivíduo, que pode escolher desobedecer a lei, muito embora não possa decidir pela não aplicação da sanção, diante da sua força coercitiva, que incide independentemente da sua vontade.

Luiz Moreira<sup>273</sup> fala que Habermas encontra na norma a possibilidade de atuação dos sujeitos de direito “[...] sem se remeterem à tradição”, uma vez que as sociedades modernas não são disciplinadas pelos costumes ou por valores religiosos ou morais, mas sim por um acordo normativo. A punição eterna, por exemplo, tem muito a ver com a imagem religiosa da pena, que fala que aquele que violar os mandamentos de Deus irá padecer no castigo eterno, não encontrando correspondente no ordenamento jurídico, que veda a instituição de penas de caráter perpétuo. O processo de elaboração da norma traduz, ainda, a um só tempo, a criação e a aplicação do Direito. Tanto na criação, quanto na aplicação, há de se garantir espaço de participação àqueles potencialmente atingidos.

Isso significa dizer que a participação popular deverá ser garantida tanto no espaço legislativo, que cria a norma, seja com a designação de audiências públicas ou com a publicidade do processo de votação, quanto no espaço judicial, que interpreta e aplica a norma, com a observância do princípio do contraditório às partes que atuarão no processo. Essa

---

deliberação; a presença, entre os atores do processo democrático, de uma perspectiva de serem também destinatários da deliberação, influenciando, assim, o poder político institucionalizado; e o caráter provisório das decisões, sempre possíveis de serem revistas a partir de novos consensos. Habermas, dessa forma, foge da tradição contratualista, acreditando que a validade das proposições deliberadas no processo democrático deve decorrer da intersubjetividade e no uso público da razão, não se originando tal validade, portanto, em uma dimensão exterior a este debate” (BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019, p. 137. Disponível em: [http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia\\_compressed.pdf](http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia_compressed.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021).

<sup>273</sup> MOREIRA, 2019, p. 33.

participação com diálogo, num processo que garanta a autoridade e a transparência dos procedimentos, permite o funcionamento democrático dos espaços deliberativos.

O processo de secularização do mundo trouxe, inevitavelmente, a necessidade de compreensão das relações sociais a partir de institutos não apenas mais racionais, mas, igualmente, reconhecedores da sua falibilidade e da necessidade de transformação. A complexidade das relações modernas não condiz com dogmas que, presos numa época possuidora de valores que sequer ainda correspondem aos da atualidade, impõem uma única visão de mundo com a promessa de salvação ou penitência eterna àqueles que não enxergam a sua existência persistindo no além da vida.

A lei não fala com determinados grupos, mas com toda a sociedade e quando esta muda, a norma sofre uma releitura ou mesmo a revogação total ou parcial de seu texto, visto que o Direito, ciente da falibilidade do ordenamento, dispõe, ele próprio, de meios para acompanhar as mudanças de comportamento. A relação entre Direito e moral é resgatada pelo neoconstitucionalismo, que defende a necessidade de argumentos metajurídicos serem utilizados como fundamento para as decisões judiciais. Essa possibilidade ocorre diante da força normativa da Constituição, que exige não apenas a observância, mas a efetivação dos direitos fundamentais. O processo, como dito, é, hoje, um instrumento para a concreção do direito ao processo justo.

A justiça como valor do processo não encontra correspondente na democracia deliberativa habermasiana, que adota uma perspectiva procedimentalista, alheia a uma concepção substantiva de justiça, esclarecendo Barreiros Neto que, neste ponto, “[...] Habermas distancia-se do pensamento de John Rawls”, para quem há de se buscar “[...] uma satisfação mínima de direitos e liberdades básicas iguais para todos, aliada à igualdade de oportunidades e à satisfação do maior benefício possível aos menos privilegiados”<sup>274</sup>, sendo Habermas, por sua ênfase ao procedimento deliberativo a partir do agir comunicativo, da imparcialidade e da esfera pública, bastante criticado.

#### ***4.2.3 As críticas à deliberação no espaço político e os seus reflexos no espaço jurídico***

O processo traz, efetivamente, uma preocupação com a justiça da decisão, que pode ser evidenciada de inúmeras maneiras, a exemplo da preocupação com a igualdade entre as partes que exija a correção de algum desequilíbrio pela efetivação da paridade de armas, seja

---

<sup>274</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 137.

com a concessão do benefício da justiça gratuita ao pobre na forma da lei, seja com a dilatação de prazo à parte adversa, entre outras medidas. A necessidade de reconhecimento e correção das desigualdades, inclusive, é uma das grandes críticas que se faz ao modelo de democracia deliberativa de Habermas, que segundo Young<sup>275</sup> idealiza uma esfera pública homogênea inexistente. O desequilíbrio entre as partes, como bem afirma Young, prejudica a deliberação, já que, “[...] sendo excludentes e não públicos, os trabalhos das reuniões de elite não são democráticos, mesmo que sejam deliberativos”<sup>276</sup>. A esse propósito há de se reconhecer que, dentro do processo, não dá para distanciar os princípios da cooperação, do contraditório e da igualdade.

Sobre a necessidade de imparcialidade, também destacada na democracia deliberativa habermasiana, Young tece críticas por não a vislumbrar como uma realidade, já que cada um carrega consigo suas experiências, preconceitos e pré-julgamentos. Dentro do processo, conforme já se esclareceu anteriormente, a imparcialidade do juiz não significa neutralidade<sup>277</sup>, visto ser algo impossível de se alcançar, na esteira do raciocínio de Young, o que, todavia, não deslegitima a decisão judicial, desde que pautada nas normas fundamentais processuais aqui já analisadas que se destinam, justamente, a impedir que a sentença seja fundamentada na posição pessoal do julgador.

---

<sup>275</sup> YOUNG, 2014, p. 188.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 197. Iris Young afirma que “em condições de desigualdade estrutural, os processos normais de deliberação frequentemente restringem, na prática, o acesso aos agentes com mais recursos, conhecimentos ou conexões com quem detém maior controle sobre o fórum. Já conhecemos as muitas manifestações dessa efetiva exclusão da deliberação. Onde o rádio e a televisão são os principais fóruns para ampliar a deliberação, por exemplo, os cidadãos precisam de dinheiro ou conexões para obter tempo de transmissão. Mesmo quando se anuncia uma série de audiências públicas para tratar de um tema, as pessoas que talvez quisessem falar nelas precisam ficar sabendo delas, ser capazes de organizar seus horários de trabalho e do cuidado com os filhos para poder participar, conseguir chegar até lá e ter conhecimento suficiente do processo de audiência para participar. Cada uma dessas habilidades está presente de forma desigual entre membros de uma sociedade” (YOUNG, Iris Marion. Desafios ativistas à democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 13, p. 187-212, jan./abr. 2014, p. 199. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522014000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/qkxjWbLxbXbLvr4tNkLMhqQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 3 jun. 2021).

<sup>277</sup> Cumpre lembrar aqui a apresentação do ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, na obra de Luciano Felício Fuck, afirmando que “O SUPREMO é formado por homens que, ao longo dos anos, abraçaram o *munus publicum* de se dedicarem ao resguardo dos direitos do cidadão e à defesa das instituições democráticas” (FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial: Ministro Nelson Hungria**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2012, p. 9. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/NelsonHungria.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021), o que significa que a Suprema Corte, longe de proferir decisões insensíveis e impessoais, reflete os valores dos seus membros, revelando como verdadeira a constatação de que não há juízes neutros, por ser a neutralidade estranha à natureza humana.

A importância de prevalência da lei sobre a opinião do julgador é reconhecida por Álvaro de Vita<sup>278</sup>, que questiona a “[...] sabedoria convencional na teoria constitucional” ao conferir ao Judiciário a prerrogativa de controle de constitucionalidade das leis, afirmando que, na prática, isso não significa a guarda da Constituição com o fim de assegurar a sua supremacia, mas sim, a sobreposição dos valores do Judiciário sobre os valores da sociedade traduzidos na lei soberana. Trata-se de discussão bastante atual e que questiona a funcionalidade democrática do ativismo judicial e dos elementos metajurídicos utilizados pela jurisdição constitucional na aplicação da Constituição.

O certo é que, dentre tantas discussões, surge a dúvida se as críticas enfrentadas pela deliberação diante de uma suposta impossibilidade de concretização no espaço político e inexistência da imparcialidade, alcançam ou não alcançam o espaço do processo judicial? Acaso se reconheça que sim, falaríamos, então, em frações de democracia no processo civil, já se admitirmos que não, podemos, então, reconhecer o funcionamento democrático efetivo do processo civil a partir do contraditório material realizado em um processo cooperativo pautado pelos demais princípios processuais fundamentais.

### **4.3 O processo, as frações de democracia e o efetivo funcionamento democrático**

O projeto social e democrático contido na Constituição de 1988 ainda não restou concretizado na sociedade brasileira que padece, até hoje, dos problemas centrais causados pelas desigualdades sociais e regionais de nosso País. Diante disso, há de se questionar se a democracia é passível de ser alcançada em alguma dimensão, seja social, política ou jurídica, ou se a estrutura de nossas instituições permite, no máximo, que sejam alcançadas frações de democracia, que nos permitam lidar com a miséria absoluta de alguns e a riqueza abundante de outros, sem jamais extinguir um ou outro.

#### ***4.3.1 As frações de democracia***

O termo “frações de democracia” surge diante da expressão “frações de liberdade” utilizada por Michelle McKinley<sup>279</sup> para referir-se ao acesso às Cortes Judiciais e Eclesiásticas

---

<sup>278</sup> VITA, Álvaro de. Prefácio. In: MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. XVI.

<sup>279</sup> MCKLINLEY, Michelle A. **Fractional Freedoms: Slavery, intimacy, and legal mobilization in colonial Lima, 1600-1700**. New York, NY: Cambridge University Press, 2016, p. 26-27.

da Lima Colonial entre 1600 e 1700, permitido aos escravos para a solução de controvérsias que não versassem sobre o direito de propriedade de seus senhores. Como o próprio termo sugere, “fração” é a parte de um todo, no caso dos escravos de McKinley, corresponde à possibilidade de recorrer às estruturas coloniais numa época da história onde eram vistos como simples mercadorias, refletindo, efetivamente, uma fração daquilo que lhes faltava: a liberdade.

Segundo Renzo Honores<sup>280</sup>, “[...] o acesso e o êxito não eram uniformes” dentre os litigantes do período colonial, considerando aqui homens livres e escravos, visto que tanto a contratação dos serviços legais quanto o acesso às Cortes implicavam em despesas e tempo de locomoção até os centros urbanos onde estavam as Salas de Justiça, indicando um privilégio que poucos podiam arcar. Honores reconhece, ainda assim, um “sistema aberto e pluralista”<sup>281</sup>, já que a corte judicial traduzia um “[...] foro de participação de direitos e de participação pública”<sup>282</sup>. Destaque-se a existência, neste momento da história, das Cortes Eclesiásticas, que também julgavam os litígios dos escravos e dos homens livres, num funcionamento similar àqueles das Cortes de Justiça.

Merece esclarecimento, ainda, que até mesmo entre os próprios escravos o acesso às Cortes de Justiça não era uniforme, já que os cativos possuíam grau de instrução e de liberdade diversos, sendo, em regra, mais instruídos e dotados de autonomia os escravos que viviam em centros urbanos e pertenciam a senhores não tão perversos, que permitiam uma participação mais ativa na vida em sociedade, como alerta McKinley, que fala, ainda, da existência de uma rede de comunicação e apoio entre os escravos<sup>283</sup>.

Ao pensarmos em *frações de democracia* tratamos, assim como na ideia de *frações de liberdade*, na parte de um todo, indicando uma insuficiência na concretização da cidadania plena diante de problemas estruturais de nossa sociedade, “[...] como a violência urbana, o desemprego, o analfabetismo, a má qualidade da educação, a oferta inadequada dos serviços de

---

<sup>280</sup> HONORES, Renzo. **Una sociedade legalista**: abogados, procuradores de causa y la creación de una cultura legal colonial en Lima y Potosí, 1540-1670. 2007. Dissertation (Doctor of Philosophy in History) – Florida International University, Miami, FL, 2007, p. 132.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>283</sup> Ao resumir uma petição apresentada à Corte Eclesiástica da Lima Colonial por Anton Bran cobrando as refeições cozinhadas por sua esposa Ysabel e que não haviam sido pagas pelo contratante Barcala, McKinley ressalta o conhecimento de algumas estratégias jurídicas por Bran, que optou pela Corte Eclesiástica por possuir uma testemunha padre, reconhecendo que esse testemunho teria uma importância maior na Corte Eclesiástica do que na Corte de Justiça, bem como, afirmou: “*Anton Bran’s relatively insignificant case and others like it suggest that the urban enslaved and freed Community constructed networks of shared legal knowledge: one successful outcome or strategy could convince others to use the courts to ir (and perhaps resolve) their grievances*” (MCKLINLEY, Michelle A. **Fractional Freedoms**: Slavery, intimacy, and legal mobilization in colonial Lima, 1600-1700. New York, NY: Cambridge University Press, 2016, p. 27).

saúde e saneamento, e as grandes desigualdades sociais e econômicas”, conforme aponta José Murilo de Carvalho<sup>284</sup>.

Essa realidade de democracia fracionada levou ao fortalecimento da democracia direta, como já se apontou, donde destaca-se o modelo deliberativo aqui tratado. A democracia deliberativa defende que a decisão coletiva seja alcançada por um debate racional e imparcial dos diversos sujeitos que serão a ela submetida, revelando a importância do procedimento e não apenas do resultado alcançado.

#### **4.3.2 A democracia no espaço judicial**

Dentro do espaço do processo judicial, o contraditório material promove o funcionamento do modelo deliberativo da democracia, já que exige que os sujeitos processuais cooperem entre si por meio do diálogo e da observância das regras, para o desenvolvimento do processo justo, que traduz um direito fundamental das partes.

A ideia de democracia não convive com a de manipulação, exigindo que toda tomada de decisão seja feita de maneira transparente, ressalvadas as medidas de segurança pública, ou outra que o recomende a privacidade ou o bem comum e que, por isso, imponham o sigilo das operações. É de se reconhecer que qualquer domínio ilegítimo das regras que orientem as tomadas de decisões afasta o bom funcionamento democrático, já que inviabiliza a participação popular ao retirar do indivíduo a possibilidade de influir efetivamente no processo de formação, revelando que aquela aparência de influência é apenas uma forma de controle da opinião pública.

A dúvida que surge, conforme aqui já se colocou, é se há, dentro do processo, impossibilidade de se alcançar a discussão e a imparcialidade necessárias à efetivação da democracia deliberativa. O diálogo no processo e o exercício do direito de influência das partes, bem como a imparcialidade do juiz seria apenas uma quimera? A democracia no processo concretiza-se efetivamente ou apenas de maneira fracionada?

O fracionamento da democracia deliberativa no processo ocorreria caso se demonstrasse um *deficit* das normas processuais fundamentais, capaz de impossibilitar a efetivação dos direitos dispostos ao longo do CPC e, em especial, dos “eixos normativos” trazidos nos seus doze artigos iniciais, que representam, para Marinoni, Arenhart e Mitidiero,

---

<sup>284</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 70.

os “compromissos fundamentais do legislador”, que deve “respeitar a liberdade e a igualdade de todos perante a ordem jurídica”, “prestar tutela tempestiva aos direitos” e “administrar a justiça civil a partir de uma ideologia democrática”<sup>285</sup>.

Os deveres aqui identificados por Marinoni, Arenhart e Mitidiero estão expressos na norma processual civil. O compromisso de liberdade e igualdade pode ser verificado nos artigos 1º, 2º, 3º e 8º; a necessidade de prestação de tutela tempestiva, nos artigos 4º e 12; e o dever de zelo pelo funcionamento democrático do processo, o que, para os autores, “[...] leva a um novo equacionamento das relações entre o juiz e as partes a partir da colaboração, do contraditório e da fundamentação”<sup>286</sup>, nos artigos 5º, 6º, 7º, 9º, 10 e 11.

Nenhum desses dispositivos carece de *deficit* normativo, ao contrário de muitos direitos fundamentais constitucionais, como, por exemplo, o direito à saúde, que, justamente diante da sua “hipertrofia simbólica” advertida por Neves<sup>287</sup>, exige a presença constante do Judiciário em situações que o envolvam, a exemplo dos *hard cases* sobre os medicamentos de alto custo<sup>288</sup> ou, mais recentemente, no ano corrente, durante o enfrentamento da pandemia do

<sup>285</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 142-143.

<sup>286</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>287</sup> NEVES, 2011, p. 76-79.

<sup>288</sup> “Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que fixava a seguinte tese (tema 6 da repercussão geral): ‘O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil’; do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que fixava tese no seguinte sentido: ‘Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT’s), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente – inclusive da análise da tutela de urgência –, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento’; e do voto do Ministro Roberto Barroso, que fixava a seguinte tese: ‘O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS’, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar

novo coronavírus, as ações ajuizadas por pacientes com covid-19 que buscavam a internação em leito de UTI quando não haviam vagas disponíveis, insurgindo-se contra a colocação de seus nomes em listas de espera<sup>289</sup>.

Notem que nos casos exemplificados, o direito à saúde foi negado pelo Estado ao não conceder medicamento de alto custo não previsto em lista oficial sob o argumento de impossibilidade de concretização do referido direito fundamental, da mesma forma, os hospitais (públicos ou particulares), também sob o argumento de impossibilidade de atendimento do direito fundamental à saúde, recusavam a internação de pacientes com covid-19, frente à lotação dos seus leitos dentro de um contexto de crise sanitária. A norma constitucional fundamental, dessa forma, em que pese a sua clareza ao garantir a todos o acesso à saúde, carece de normatividade, ou seja, não tinha como ser aplicada naquelas situações, de acordo com as autoridades que negavam o seu atendimento.

Isso não acontece com as doze normas processuais iniciais trazidas no CPC ou mesmo com os demais direitos reconhecidos ao longo do seu texto, de maneira que eventual não observância a qualquer um desses dispositivos, decorre não da ausência de normatividade, mas sim da sua inobservância pela autoridade julgadora, hipótese que, muito embora afronte o ordenamento jurídico, não compromete a sua eficiência e validade, revelando, tão apenas, falhas e desvios daqueles que o operam.

O *deficit* de normatividade não corresponde a não observância da norma pelo operador por um desvio de finalidade, mas sim à sua impossibilidade de aplicação, diante da ausência de instrumentos que possibilitem a sua efetividade. É o caso, como dito, das *tragic choices* envolvendo o fornecimento de medicamentos de alto custo ou a concessão de leito de UTI em hospitais públicos e privados num contexto de crise sanitária que enfrenta o colapso do sistema de saúde diante da falta de vagas para internação, medicamentos, materiais e profissionais treinados.

Assim como na concepção feita por McKinley, onde aos escravos era permitido buscar as Cortes de Justiças coloniais para cobrar alguma obrigação em dinheiro por um serviço prestado, dentro daquilo conhecido como “jurisdição de pequenas causas” (*jurisdiction of small*

---

Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471/RN**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 1º set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 2 jun. 2021).

<sup>289</sup> COLLUCCI, Cláudia. Com sobrecarga de hospitais, pacientes recorrem à Justiça por vagas de UTI Covid. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/03/com-sobrecarga-da-hospitais-pacientes-de-covid-recorrem-a-justica-por-vagas-de-uti.shtml>. Acesso em: 2 jun. 2021.

*claims courts*)<sup>290</sup>, mas não se possibilitava pleitear a sua liberdade, tem-se que as *tragic choices* envolvendo o direito à saúde revelam que alguns aspectos do direito fundamental são protegidos, como, por exemplo, a concessão de medicamento previsto na listagem oficial do SUS ou a inclusão do nome do paciente na lista de espera para leito de UTI, mas a efetivação do seu núcleo essencial não é alcançada.

A nomenclatura *tragic choices*, inclusive, não é à toa, tratando-se de expressão bastante precisa, já que se cuidam, verdadeiramente, de escolhas trágicas, que impactam toda a sociedade, nos levando a indagar o que seria efetivamente a concretização do direito fundamental à saúde nessas situações: a concessão de medicamento de alto custo ou a preservação da integridade do SUS para as gerações atuais e vindouras<sup>291</sup>?

O direito à saúde passou a ser expresso na Constituição de 1934, fruto da revolução de 1930, que marcou a denominada Era Vargas. Trata-se de direito social fundamental constante, hoje, no rol do artigo 6º da CRFB/88, que prevê, ainda, no seu artigo 196, a saúde como “[...] direito de todos e dever do Estado”. Não obstante o artigo 196 ser considerado norma de eficácia limitada programática, segundo a classificação de José Afonso da Silva<sup>292</sup>, a jurisprudência pátria reconhece o direito à saúde como direito público subjetivo, por tratar-se de um direito fundamental, que exige efetivação, não havendo como garantir o direito à vida e a dignidade da pessoa humana sem a concretização da saúde física, psíquica e do meio ambiente<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> MCKLINLEY, 2016, p. 26.

<sup>291</sup> A dúvida se mostra ainda mais pertinente quando estudos como os de Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata revelam que “No ano 2006, a Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo (SES-SP) gastou, com o cumprimento das decisões judiciais da comarca da capital, 65 milhões de reais, para atender cerca de 3.600 pessoas. Em comparação, no mesmo ano, ela investiu 838 milhões de Reais no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional (alto custo), atendendo 380 mil pessoas. Foram gastos aproximadamente 18 mil reais por paciente com ações judiciais naquele ano, enquanto o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional consumiu 2,2 mil reais por paciente” (CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009, p. 1839. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2009000800020>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/btPynPdQLS3LzjgyLmRMGhR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 jun. 2021).

<sup>292</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 45-50.

<sup>293</sup> Em julgamento proferido pelo STF no ano de 2000 (dois mil), a Suprema Corte já afirmava que “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”, concluindo que “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que

É inquestionável que uma grande parte de doenças físicas e psíquicas são tratadas com medicamentos, sendo que a dúvida que se coloca na judicialização da saúde envolvendo remédios de alto custo é sobre o interesse público no custeio de medicamento capaz de causar lesão à ordem econômica. E quando, muito embora não exista risco aos cofres públicos, o medicamento de alto custo for de eficácia controversa? O gasto é justificado nesse caso? São muitos os questionamentos que giram em torno dessa questão altamente urgente e sensível para quem a solicita e incômoda para quem a julga, mas que devem ser enfrentados, para que não tenhamos a prolação de decisões judiciais impossíveis de serem cumpridas pelo Poder Público e que impactam, ainda, nas relações negociais dos planos privados de saúde.

A esse respeito, o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, inclusive, já reconheceu que “[...] deve ser priorizado o direito à saúde e à vida em relação ao direito contratual”, algo que traz questionamentos, afinal, se a saúde é dever do Estado, não do particular, como pode a decisão fundamentar-se na prevalência do direito à saúde em detrimento das cláusulas contratuais firmadas pelas partes? O TJCE<sup>294</sup> enfrentou esse argumento, afirmando que a saúde passa a ser dever, também, daquele que se compromete a prestá-la de maneira particular, por força do que dispõe o *caput* do artigo 199 da CRFB.

#### ***4.3.3 O efetivo funcionamento democrático do processo***

O certo é que, enquanto ao falarmos de alguns direitos fundamentais constitucionais, como o direito à saúde, conseguimos enxergar essa democracia fracionada, já que se cuida de direito não concretizado integralmente, o mesmo não acontece ao analisarmos os direitos fundamentais e os “eixos normativos” do Código de Processo Civil, estes referentes aos seus doze primeiros artigos que trazem as normas processuais fundamentais.

O estudo de nosso ordenamento jurídico revela que não há espaço para o fracionamento da democracia no processo, que consegue ser efetivamente garantida às partes

---

determina a própria Lei Fundamental do Estado” (STF, RE 271286 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12/09/2000, DJ 24/11/2000, p. 1).

<sup>294</sup> Segundo o TJCE, é “abusiva a recusa do plano de *saúde* em custear o *medicamento* indicado para o tratamento do segurado, ainda que pautada na ausência de previsão contratual ou na existência de cláusula expressa de exclusão”, afastando, assim, a “alegação da recorrente de que a *saúde* é uma obrigação ilimitada do Estado, cabendo às operadoras de planos de *saúde* dispor de serviços suplementares, e que, em razão disso, o Estado deveria arcar com as solicitações exoradas pelo recorrido. Por força da própria relação contratual entabulada entre as partes, é também de responsabilidade da operadora de *saúde* a execução dos procedimentos médicos necessários à manutenção da vida e da *saúde* do paciente, mesmo porque o art. 199, *caput*, da Constituição Federal, dispõe que a assistência à *saúde* é livre à iniciativa privada” (TJCE, APL 0875942-72.2014.8.06.0001, Rel. Maria de Fátima de Melo Loureiro, 2ª Câmara de Direito Privado, j. 22/08/2018, DJ 22/08/2018).

diante da normatividade dos princípios fundamentais processuais. Logo, ainda que na prática ocorram fraudes procedimentais ou nulidades da sentença por violação a algum direito fundamental processual, o certo é que as normas processuais civis não apresentam qualquer *deficit* normativo, possibilitando ao sujeito prejudicado, inclusive, o recurso às instâncias superiores ou mesmo o ajuizamento de *querela nullitatis* após o transcurso do prazo da decisão eventualmente ilegítima.

Notem que nas Américas coloniais o próprio ordenamento impedia aos escravos a obtenção de sua liberdade por meio do processo, daí falar-se em “frações de liberdade”. Diversamente, no Brasil contemporâneo, a norma processual civil em vigor exige, logo no seu artigo 1º, o ordenamento, disciplina e interpretação do processo civil “[...] conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição”, dentre os quais estão o princípio do devido processo legal, o princípio da igualdade, a publicidade e motivação das decisões, a duração razoável do processo e o princípio do contraditório, entre outros.

Sem previsão expressa na CRFB/88, mas decorrente do devido processo legal, temos, como já se afirmou, o princípio da (ou dever de) cooperação, que revela como modelo do nosso processo justo o cooperativo. Isso significa que o processo deve se desenvolver por meio da participação e debate entre os sujeitos processuais, inclusive o juiz, que tem os deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio.

O modelo cooperativo do processo é necessário para a efetivação do contraditório material, que alcança o direito de influência e a vedação de decisão surpresa. Ao exigir uma participação mais ativa de todos os sujeitos processuais, o contraditório material promove o maximalismo participativo, que se contrapõe ao minimalismo elitista próprio das democracias representativas liberais do século XVIII e XIX.

Participação e representação não se contrapõem, se complementam, assim como contraditório formal e material não se excluem, mas sim, convergem para o funcionamento democrático no processo. A democracia significa participação com diálogo e transparência, valores consagrados nas duas dimensões do princípio do contraditório. A dimensão formal permite a ciência e a participação das partes, enquanto a dimensão material aproxima o juiz dos demais sujeitos do processo ao inclui-lo no contraditório, evidenciando, assim, o modelo deliberativo de democracia.

A pacificação social promovida pelo processo revela que além da tutela do interesse individual das partes, há a tutela de um interesse coletivo. A democracia exige que o processo traga segurança jurídica, daí a importância de observância das regras processuais por meio de

um processo devido e transparente. O judiciário é responsável por suas decisões e precedentes, que orientam a sociedade num ou noutro sentido.

A possibilidade de discussão no processo das visões antagônicas ali colocadas e a imposição de que essa dialética observe a boa-fé objetiva, para que as partes exerçam o seu direito de influir na decisão judicial e o juiz atue diante do seu dever de zelar pelo equilíbrio entre os sujeitos processuais, e, ainda, de esclarecer, consultar, prevenir e auxiliar, dá-se em observância ao funcionamento democrático do processo.

A democracia impõe que as manifestações das partes sejam recebidas pelo juiz com a mesma importância, identificando, precisamente, o contraditório material, que concede a todos os sujeitos do processo o mesmo direito de influir na decisão judicial. Se na arena política, os críticos da democracia deliberativa afirmam que a deliberação fortalece os pequenos grupos dominantes e as suas políticas de exclusão, no processo judicial, acontece o oposto, já que é exatamente a manifestação da parte que permite ao juiz reconhecer algum desequilíbrio que necessite de reparo como forma de garantir a paridade de armas, seja com a inversão do ônus da prova, dilatação de prazo ou concessão dos benefícios da justiça gratuita, por exemplo.

As críticas aqui já retratadas feitas por Young à democracia deliberativa são compreensíveis já que, de fato, não há como falar em funcionamento democrático dentro de uma sociedade desigual, que possibilita a elaboração de políticas de exclusão pelos pequenos grupos dominantes, em detrimento do bem-comum. Tanto isso é verdade que dentro do processo, há uma preocupação com o princípio da igualdade, com a paridade de armas, deixando expresso, tanto a norma constitucional quanto a norma processual civil, que o juiz deve sanar, imediatamente, qualquer desequilíbrio entre os litigantes, que devem poder exercer igualmente o seu direito de influir na decisão judicial.

O direito de influência e a vedação de decisão surpresa são importantes, ainda, para garantir a imparcialidade do juiz, pois, de maneira diversa do que se pode crer, a indicação às partes de ponto controverso importante ao deslinde do litígio e que, por isso, exige pronunciamento para permitir a sua análise, não traduz nenhum pré-julgamento, mas sim traz transparência e participação ao possibilitar que os demandantes esclareçam algo e, com isso, alterem ou não o convencimento do magistrado.

A modificação do entendimento do juiz ao longo do processo é algo que se espera da deliberação, uma vez que é destinada, justamente, ao convencimento do julgador, que, acaso não mudasse a sua percepção em nenhum momento durante toda a instrução processual, revelaria a manipulação do debate, já que estaria retirando o direito de influência dos litigantes e, dessa forma, comprometendo a própria finalidade de ser da democracia deliberativa

processual. Veja bem. Um julgador que não cogita mudar de ideia durante todo o transcurso do processo, que não tem dúvidas, que não procura se aprofundar sobre nenhum ponto, revela que já havia firmado o seu entendimento desde o primeiro momento, sendo indiferente aos argumentos fáticos e jurídicos, quando o direito de influência das partes veda justamente essa indiferença.

O juiz deve aceitar todos os argumentos fáticos e jurídicos relevantes à lide e confrontá-los com a prova dos autos para formar o seu convencimento. É no momento da tomada de decisões provisórias ou definitivas que ele se distancia dos sujeitos parciais do processo para, diante de sua autoridade de tomada de decisões, impor a regra a ser adotada, trazendo a pacificação social. O magistrado é sujeito do contraditório, mas, é, também, o sujeito imparcial com autoridade para efetivar a tutela jurisdicional.

O respeito à autoridade do juiz contrapõe-se à ideia de “hiper democratização”, que Barreiros Neto esclarece passar “[...] pela defesa da formação do ‘cidadão total’”<sup>295</sup>, conceito que diz ser rejeitado por Bobbio, por compará-lo à concepção de Estado total, revelando que nenhuma forma de totalitarismo convive com o ideal democrático. A autoridade numa democracia importa porque significa a autoridade da lei e, conseqüentemente, o respeito às regras do jogo.

Não se cuida, aqui, de enaltecer um papel hercúleo do juiz, conforme assinalado por Dworkin<sup>296</sup>, mas sim de reconhecer que qualquer restrição da liberdade imposta por uma decisão judicial exige a participação das partes que serão por ela afetadas e que, justamente por isso, deverão ter assegurados o seu direito de influência e a vedação de decisão surpresa como forma de se alcançar uma decisão legítima, revelando, na esteira do raciocínio de Habermas<sup>297</sup>, que os direitos são assegurados e restringidos por leis, que devem seguir um funcionamento democrático a ser reproduzido, na medida do possível, no processo judicial, isso é, com a promoção da deliberação.

Há, ainda, de se ter em mente, que a democracia não foi feita para resultados rápidos, o que significa dizer que esse processo judicial deliberativo que impõe a concretização do direito de influência de todas as partes e a vedação de decisão surpresa que exige o pronunciamento prévio de todas as questões importantes para a solução da lide, mais do que

---

<sup>295</sup> BARREIROS NETO, 2019, p. 147.

<sup>296</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 167-168.

<sup>297</sup> HABERMAS, 1997, p. 190-210.

nunca, indicam que o princípio da duração razoável do processo significa não um processo rápido, mas sim um processo sem dilações indevidas.

É de se reconhecer, assim, que a democracia deliberativa no processo concede às partes espaço para a participação e a discussão, garantindo a paridade de armas necessária à efetiva deliberação. Protege, ainda, os direitos fundamentais processuais dos sujeitos parciais do processo, que possuem o dever de observar o princípio da eticidade e cooperação. Forma-se, no processo cooperativo, um senso comunitário fortalecido pelo contraditório material, que aproxima as partes do juiz ao garantir o direito de influência e vedar a decisão surpresa. A inobservância, pelo magistrado, dos seus deveres ou dos direitos da parte, apesar de ofensiva ao ordenamento jurídico, não fraciona a democracia no processo, que existe integralmente diante da força normativa das normas fundamentais processuais trazidas tanto nos doze primeiros artigos do CPC, quanto ao longo da norma processual civil em referência.

## 5 CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dentro de um contexto de redemocratização, enfrentou um sistema político hiperfragmentado, com a acomodação de forças e interesses múltiplos que foram refletidos no texto da norma constitucional. Isso representou a elevação do potencial de judicialização dos conflitos sociais diante do abrigo de interesses conflitantes, revelando a dimensão simbólica da Constituição, causadora da alta frustração coletiva frente à falta de concretização dos direitos fundamentais.

Diante da crise de efetividade constitucional e da perda de legitimidade popular dos poderes majoritários, o Judiciário emergiu como o poder constitucionalmente designado para tornar a Constituição uma realidade efetiva, o que exigiu a formulação de uma nova hermenêutica constitucional suficiente a incorporar todas as mudanças do mundo pós-Segunda Guerra Mundial, que seriam para Luís Roberto Barroso<sup>298</sup>, a superação do positivismo, o fortalecimento do pós-positivismo e a constitucionalização do Direito.

Essas transformações são o marco teórico do neoconstitucionalismo e trazem uma aproximação entre direito e moral criticada por Ferrajoli<sup>299</sup> e defendida por Barroso<sup>300</sup>. Divergências à parte, o que se tem, hoje, a partir dessa nova hermenêutica jurídica é o reconhecimento da força normativa da Constituição, que exige mais do que o simples respeito aos direitos fundamentais, impondo a sua concretização.

A ideia de efetivação dos direitos fundamentais ecoa em todos os ramos do Direito. No caso do direito processual civil, tem-se que essa preocupação emana do próprio Código que disciplina já no seu artigo 1º o ordenamento e a interpretação conforme os valores e as normas fundamentais constitucionais e processuais, com destaque para o princípio do contraditório, publicidade e motivação, paridade de armas, princípio da cooperação etc., todos necessários ao exercício do direito ao processo justo, que decorre do princípio do devido processo legal.

A justiça da decisão passa a ser um valor indissociável do processo e é analisada a partir de critérios objetivos, que verifiquem a aplicação, ao caso concreto, das normas processuais civis. O processo, visto como instrumento de realização dos direitos materiais, ecoa, em certa medida, as transformações do Estado de Direito Democrático, pautado pela participação com diálogo, autoridade e transparência.

---

<sup>298</sup> NEOCONSTITUCIONALISMO, 2020, *online*.

<sup>299</sup> FERRAJOLI, 2012, ebook Kindle, posição 298.

<sup>300</sup> NEOCONSTITUCIONALISMO, *op. cit.*, *online*.

Esses valores são traduzidos em dois princípios: contraditório e cooperação, que existem independentemente um do outro ao mesmo tempo em que justificam a sua existência no outro. A cooperação é um modelo que organiza o processo dialogal, que só é possível de ser estruturado em contraditório.

O princípio do contraditório, diante da nova hermenêutica jurídica, é compreendido em sua dimensão formal e material. A primeira é a mais tradicional e significa a ciência e participação. A segunda é a percepção mais contemporânea, que reconhece o contraditório como direito de influência e vedação de decisão surpresa. Há um interessante paralelo entre o contraditório formal e o minimalismo elitista da teoria da democracia, assim como entre o contraditório material e o maximalismo participativo.

As diversas mudanças na lei, no sentido da norma ou mesmo na composição dos tribunais com reflexo em sua jurisprudência são temas importantes, principalmente diante das consequências de cada uma dessas alterações na sociedade, de maneira que cabe questionar se o Direito é um produto da sociedade ou se a sociedade é um produto do Direito. Quem ganha importância diante quem?

Ao longo da vigência do Código de Processo Civil de 1973 pouco se falava em democracia no processo por meio do contraditório, algo que só foi objeto de uma discussão mais profunda anos depois, com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, quando a democracia processual passou a ser relacionada ao contraditório material manifestado dentro de um processo cooperativo.

A questão se mostra ainda mais interessante diante da constatação de que o contraditório material ampara a dimensão deliberativa de democracia no processo, algo que não soa como irrelevante justamente porque não é.

O estudo da teoria da democracia revela que esse regime político desde os primórdios foi alvo de críticas e constantes transformações, o que é importante para compreender a estrutura das democracias representativas liberais contemporâneas e a sua crise de legitimidade. Manuel Castells esclarece que esse momento de ruptura democrática não é uma rejeição à democracia em si, mas à forma como ela opera<sup>301</sup>.

As democracias liberais ocidentais são firmadas sob dois pilares: liberdade e igualdade, revelando-se importante o estudo das críticas à democracia para entendermos a ambivalência deste regime, visto que se referem não ao ideal democrático em si, mas à manipulação de seus institutos.

---

<sup>301</sup> CASTELLS, 2018, p. 8.

É aqui que o discurso do minimalismo elitista que reduz o papel do cidadão ao de eleitor é abandonado e fala-se na importância da atuação do povo e no reconhecimento de que tudo é político, inclusive os diálogos que temos com o outro na tentativa de construir consensos. O maximalismo participativo traz como alternativa à crise o fortalecimento da participação popular que, dentro da concepção deliberativa de democracia, ocorre por meio da deliberação, como o próprio nome sugere.

É nesse momento que democracia e processo traçam um paralelo importante, ao identificarmos o contraditório formal com a democracia representativa e o contraditório material com a democracia deliberativa. A dúvida que surge é quanto à efetivação da democracia no processo, já que, assim como o sistema representativo não foi suficiente à concretização da cidadania plena no âmbito social e político, o contraditório formal também não garantiu às partes a justiça da decisão, restando saber, agora, se a democracia deliberativa e o contraditório material alcançarão o seu propósito.

Dentro do espaço político não há como falar em democracia deliberativa sem falar de Habermas e as críticas que a teoria habermasiana sofre, a exemplo das afirmações de Iris Young, para quem a deliberação é uma quimera, uma vez que supõe impossível a construção de qualquer consenso dentro de uma estrutura de forte desigualdade social que privilegia a elite dominante e as suas políticas de exclusão. Young rejeita, ainda, a ideia de imparcialidade necessária ao debate racional, advertindo que o ser humano é dotado de pré-conceitos que, na maioria das vezes, só polariza a discussão.

As críticas à democracia deliberativa evidenciam o problema central de nossa sociedade: as desigualdades sociais que impedem a concretização dos pilares democráticos liberdade e igualdade. O projeto democrático brasileiro, por exemplo, nunca foi efetivado diante dessas disparidades que excluem muitos do contrato social.

Há, todavia, de se reconhecer, que se no plano social e político a democracia carece de concretude, no plano judicial ela se apresenta mais próxima da realização. Isso porque a deliberação e a imparcialidade no processo são precisamente delineadas nas normas processuais civis, que, de maneira diversa das normas constitucionais, não possuem um *deficit* de capacidade normativa.

A democracia deliberativa processual é, dessa forma, uma realidade, visto que o direito de influência e a vedação de decisão surpresa exercidos dentro de um processo cooperativo, garantem a participação por meio do diálogo, a autoridade da decisão e a transparência do procedimento, elementos que formam o tripé processual democrático. É esse funcionamento democrático que concretiza o direito ao processo justo.

Em que pese a possibilidade de ocorrência de fraudes processuais, não se pode afirmar que a existência de sentenças injustas ou inconstitucionais impedem o funcionamento democrático no processo, que se rege não pela conduta indecorosa de alguns de seus pares, mas sim pela eficácia de suas normas. As normas fundamentais processuais são dotadas de eficácia. A cooperação, o direito de influência e a vedação de decisão surpresa possuem critérios objetivos de aferição e o seu descumprimento permite o recurso às instâncias superiores.

Há concretização da democracia deliberativa no processo. A deliberação entre as partes não exige que uma coopere com a outra, já que o processo é, essencialmente, dialético, mas impõe que os sujeitos processuais pautem as suas ações na boa-fé objetiva. O princípio da eticidade viabiliza que as partes participem por meio do debate legítimo, enquanto a autoridade do juiz, que também é sujeito do contraditório, impõe que qualquer desequilíbrio seja imediatamente sanado para que a decisão seja prolatada num ambiente de igualdade que permita a todos exercerem o seu direito de influência, vedada a decisão surpresa. A observância às regras traz transparência e garante a efetivação do direito ao processo justo, que é um direito fundamental.

Ao pensarmos em democracia no processo civil, temos que o contraditório formal é expressão do direito de participação e, portanto, manifestação democrática da Justiça, todavia, assim como reconhecer uma sociedade como livre e igual não garante o seu pleno desenvolvimento democrático, garantir à parte o seu direito de manifestar-se nos autos do processo, não afasta a retórica frequentemente repetida por juízes que opõem à celeridade e eficiência do julgamento à efetiva apreciação dos argumentos trazidos pelas partes.

Surge daí a importância do contraditório material, que traz não um direito da parte de participar do feito processual, mas sim um poder (ou direito) de influenciar na decisão do magistrado, que deverá considerar os argumentos levantados ao longo da instrução. O juiz, dessa forma, submete-se à autoridade das partes, devendo, por meio do princípio da cooperação, dirigir um diálogo efetivo e não um monólogo que trate exclusivamente da sua interpretação dos fatos e das normas jurídicas.

A democracia no processo não é fracionada nem mesmo quando ocorre a inobservância do contraditório material, hipótese em que se tem a nulidade da decisão, diante da disfuncionalidade democrática, algo que precisa ser reconhecido, declarado e combatido para reafirmar a autoridade da lei e a importância da observância das regras do jogo democrático, que requer a participação ativa de seus sujeitos como forma, inclusive, de fiscalização desse cumprimento.

O processo desenvolve-se a partir de interesses antagônicos e, muitas vezes, inconciliáveis, de maneira que o respeito às normas fundamentais do processo civil é a única forma de se alcançar o direito ao processo justo. Garantir a democracia no processo é concretizar o direito ao contraditório material, reconhecendo o direito de influência das partes e a impossibilidade de o juiz prolatar decisão com base em argumento fático ou jurídico não analisado pelas partes. Essa garantia permite que o processo se desenvolva num ambiente colaborativo, visto que haverá a manifestação de todos os sujeitos processuais, pautados pela boa-fé objetiva, pela paridade de armas, pela duração razoável do processo e pela publicidade e motivação da decisão, entre outros.

A democracia no processo importa porque o processo é um importante meio de efetivação dos direitos materiais. Cuida-se o espaço jurídico de uma dimensão onde é possível concretizar a democracia tão perseguida nos campos social e político, mas que ainda se mostra tão distante de realização diante de todas as desigualdades que assolam o povo brasileiro. Essas disparidades conseguem ser corrigidas no campo processual pelo magistrado, o que permite desconstruir as críticas à democracia deliberativa ao se demonstrar que no campo do processo civil, a deliberação é possível.

A proteção do eixo normativo do processo civil, traduzido nos doze primeiros artigos do CPC e refletido, ainda, em outros dispositivos ao longo do Código, é dever de toda a sociedade, já que traduzem uma coletividade, ou “comunidade de trabalho”, na expressão de Fredie Didier Jr.<sup>302</sup>, que se desenvolve de maneira equilibrada, igual, transparente, cooperativa e dialogal. Não se cuida, com isso, de garantir às partes que a verdade real será alcançada, já que se trata de algo impossível, visto que a única verdade possível de se obter é aquela traduzida nos autos processuais. Cuida-se, sim, de concretizar o direito ao processo justo, dado que o respeito às normas fundamentais do processo civil é, em última análise, a concretização do princípio do contraditório, já que todas elas trabalham para possibilitar o direito de influência e a vedação de decisão surpresa, expressando o funcionamento democrático do processo.

O processo é, necessariamente, procedimento desenvolvido em contraditório. Não há como serem estabelecidas relações jurídicas entre os diversos sujeitos sem que se possibilite a deliberação entre eles. É isso o que caracteriza a dimensão processual do fenômeno democrático e legitima eventual restrição de liberdade por decisão judicial.

---

<sup>302</sup> DIDIER JR., 2018, p. 162.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The decline and fall of the american republic**. Cambridge, MA: Belknap Press, 2013.

ALMEIDA, Jessica Teles; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Participação política: direito humano da mulher entre o público e o privado. **Conhecer**, Fortaleza, v. 9, n. 22, p. 154-169, 2019. DOI: <https://doi.org/10.32335/2238-0426.2019.9.22.1001>. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/1001/1220>. Acesso em: 10 abr. 2021.

AMARAL, Luciano. Institutions, property and economic growth: back to the passage from the Ancien Régime to liberalism in Portugal. **Análise Social**, Lisboa, v. 47, n. 202, p. 28-55, jan. 2012. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41494883>. Acesso em: 10 abr. 2021.

ARAUJO, Cicero. República e democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 51, p. 5-30, 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452000000300002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/by87PCpsCcNkP8Swhbfvnxh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 mar. 2021.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade. **R. CEJ**, Brasília, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/ingeborg-maus-e-o-judiciário-como-superego-da-sociedade>. Acesso em: 6 jun. 2021.

BARREIROS NETO, Jaime. **Teorias da democracia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2019. Disponível em: [http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia\\_compressed.pdf](http://srv24.teste.website/~faculd27/wp-content/uploads/2020/06/teorias-da-democracia_compressed.pdf). Acesso em: 10 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. ‘Operação Abafa’ tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 23 fev. 2018b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>. Acesso em: 4 jun. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534>. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127>. Acesso em: 5 maio 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2013]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm). Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 7 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 17.768/SP**. Processo civil e administrativo. Cópia de processo judicial. Autos de arrolamento de bens. Indeferimento pelo juízo de 1º grau, diante do segredo de justiça, uma vez que o autor da herança deixou filhas, circunstância a envolver matéria sobre estado de filiação, descrito no art. 155, II, CPC. Mandado de segurança. Ordem denegada pela corte de origem. Pretendida reforma. [...]. Relator: Min. Franciulli Netto, 24 de agosto de 2004. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7233831/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-17768-sp-2004-0008707-5>. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 48.397/RJ**. Processo penal e penal. Recurso em habeas corpus. Estelionato qualificado. Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Gravação ambiental realizada por um dos interlocutores. Legalidade. Violação sigilo profissional. Inocorrência. Recurso improvido. [...]. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 19 de novembro de 2009. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201401251936&dt\\_publicacao=16/09/2016](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401251936&dt_publicacao=16/09/2016). Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Conflito de Competência 170.233/SP**. Agravo interno nos embargos de declaração no agravo interno no conflito de competência. Incidente manejado sob a égide do npcp. Juízo arbitral e juízo estatal. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Meios alternativos de solução de conflito. Dever do estado. Princípio da competência-competência. Precedência do juízo arbitral em relação à jurisdição estatal. Agravo interno não provido. [...]. Relator: Min. Moura Ribeiro, 14 de outubro de 2020a. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201903860147&dt\\_publicacao=19/10/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903860147&dt_publicacao=19/10/2020). Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF**. 1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. [...]. Relatora: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572/DF**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF. Portaria GP nº 69 de 2019. Preliminares superadas. Julgamento de medida cautelar convertido no mérito. Processo suficientemente instruído. Incitamento ao fechamento do STF. Ameaça de morte e prisão de seus membros. Desobediência. [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de junho de 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em 31 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS**. Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do poder público (CF, arts. 5º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Recurso de Agravo Improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471/RN**. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 1º set. 2020c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **Recurso Especial 605.687/AM**. Processual civil. Documento. Juntada. Lei geral das telecomunicações. Sigilo telefônico. Registro de ligações telefônicas. Uso autorizado como prova. Possibilidade. Autorização para juntada de documento pessoal. Atos posteriores. “Venire contra factum proprium”. Segredo de justiça. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 2 de junho de 2005. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=200302024506&dt\\_publicacao=20/06/2005](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302024506&dt_publicacao=20/06/2005). Acesso em: 23 maio 2021.

BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 97-101, nov. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782012000400008>. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/34423/21347>. Acesso em: 7 abr. 2021.

CABRAL, Gustavo César Machado. ***Ius commune***: uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTRO, Matheus Felipe de. Considerações sobre a interpretação moral da Constituição: a constitucionalização dos direitos fundamentais e os desafios a sua efetivação. **Revista Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 109-131, jul./dez. 2014. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v13n2.5597>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/5597/3038>. Acesso em: 10 maio 2021.

CATEB, Alexandre Bueno; BORBA, Alderico Kleber de. Papel do juiz no estado constitucional mediante análise econômica do direito. *In*: CATEB, Alexandre Bueno;

GABRICH, Frederico de Andrade; SZTAJN, Rachel (org.). **Análise econômica e estratégica do direito**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. v. 9, p. 173-198.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Apelação 0875942-72.2014.8.06.0001/CE**. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos materiais e morais c/c pedido de tutela antecipada. Plano de saúde. Transplante de rim. Rejeição crônica ao órgão doado. Necessidade de fazer diálise e voltar a preparar o corpo para um novo transplante. Prescrição médica para o uso do fármaco rituximab (comercialmente denominado Mabthera). [...]. 2. Câmara de Direto Privado. Relatora: Maria de Fátima de Melo Loureiro, 22 de agosto de 2018. Disponível em: <https://tj-ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1118804152/apelacao-civil-ac-8759427220148060001-ce-0875942-7220148060001/inteiro-teor-1118804170>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, p. 1839-1849, ago. 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2009000800020>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/btPynPdQLS3LzjgyLmRMGhR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 2 jun. 2021.

COLLINS, Gregory M. Edmund Burke on slavery and the slave trade. **Slavery & Abolition**, London, v. 40, n. 3, p. 494-521, Apr. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1080/0144039X.2019.1597501>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/0144039X.2019.1597501?journalCode=fsla20>. Acesso em: 7 abr. 2021.

COLLUCCI, Cláudia. Com sobrecarga de hospitais, pacientes recorrem à Justiça por vagas de UTI Covid. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 3 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/03/com-sobrecarga-da-hospitais-pacientes-de-covid-recorrem-a-justica-por-vagas-de-uti.shtml>. Acesso em: 2 jun. 2021.

CORRÊA, Caetano Dias; SCHMITT, Victor Machado. A vedação às decisões-surpresa no novo Código de Processo Civil: a concretização do direito fundamental ao contraditório substancial. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 23, n. 2, p. 28-52, maio/ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21065>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1065/543>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Dividir a história: da epistemologia à política? **Revista da FLUP**, Porto, IV Série, v. 5, p. 167-174, 2015. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/historia/article/view/1193/1019>. Acesso em: 10 abr. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho; PIMENTA, José Roberto Freire; NUNES, Ivana. O paradigma do estado democrático de direito: estrutura conceitual e paradigmas contemporâneos. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 2, n. 55, p. 485-515, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i55.3405>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3405/371371840>. Acesso em: 2 jun. 2021.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: JusPodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOMARADZKI, Spasimir; KHVOSTOVA, Margaryta; PUPOVAC, David. Karel Vasak's generations of rights and the contemporary human rights discourse. **Human Rights Review**, Varsóvia, v. 20, n. 4, p. 423-443, Sept. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1007/s12142-019-00565-x>. Disponível em: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12142-019-00565-x.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. **Lua Nova**, São Paulo, n. 49, p. 47-68, 2000. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452000000200004>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/VH5sdwRwMTZFXm9dFYCzKDM/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 4 jun. 2021.

FARIA, Flávia; GARCIA, Guilherme. Defensoria Pública supera advogados particulares em casos revistos por STJ e STF. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 6 nov. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/defensoria-publica-supera-advogados-particulares-em-casos-revistos-por-stj-e-stf.shtml>. Acesso em: 26 maio 2021.

FEILER, Adilson Felício. A origem do conceito de soberania na idade média: uma leitura a partir de Jean Bodin. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 65-72, fev. 2017. Disponível em: <https://opiniaofilosofica.org/index.php/opiniaofilosofica/article/view/141/85>. Acesso em: 4 jan. 2021.

FELIPE, Kaio. Para além do neoliberalismo e da social-democracia: uma análise do liberalismo-social de José Guilherme Merquior. **Em Tese**, Florianópolis, v. 15, n. 1 (parte II), p. 129-151, mar./abr. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.5007/1806-5023.2018v15n1p129>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2018v15n1p129>. Acesso em: 7 abr. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luis; KARAN, André Trindade (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Primeira parte. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, ebook Kindle.

FINLEY, Moses I. **Democracia antiga e moderna**. Tradução de Waldéa Barcellos e Sandra Bedran. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FUCK, Luciano Felício. **Memória jurisprudencial**: Ministro Nelson Hungria. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/NelsonHungria.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.

GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen. *In*: GARRIGA, Carlos; LORENTE, Marta. **Cádiz, 1812**: la constitución jurisdiccional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 43-72.

GODECHOT, Jacques. As grandes correntes da historiografia da Revolução Francesa, de 1789 aos nossos dias. **Revista de História**, São Paulo, v. 39, n. 80, p. 423-470, 1969. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9141.rh.1969.128913>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/128913/125597>. Acesso em: 12 abr. 2021.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; CARVALHO, Ana Carolina Torres. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824: aspectos liberais e a sua incompatibilidade com a realidade do Brasil Imperial. **Jus.com.br**, São Paulo, ago. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59502/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUIDI, Marco E. L. Jeremy Bentham, the French Revolution, and the political economy of representation (1788 to 1789). **European Journal of the History of Economic Thought**, London, v. 17, n. 4, p. 579-605, Oct. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1080/09672560903552587>. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=aph&AN=54594859&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 7 jun. 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: uma breve história da humanidade. São Paulo: L&PM, 2015.

HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Pablo Andrés. Absolutismo reformista. Una idea transversal del estado político en la modernidad 1520-1748. **TEMPUS**: Revista en Historia General, Medellín, n. 3, p. 161-186, abr./mayo. 2016. Disponível em: <https://revistas.udea.edu.co/index.php/tempus/article/view/26585/>. Acesso em: 23 abr. 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012.

HONORES, Renzo. **Una sociedade legalista**: advogados, procuradores de causa y la creación de una cultura legal colonial en Lima y Potosí, 1540-1670. 2007. Dissertation (Doctor of Philosophy in History) – Florida International University, Miami, FL, 2007.

HOROCHOVSKI, Rodrigo Rossi; CLEMENTE, Augusto Junior; SAMPAIO, Rafael Cardoso; MENDONÇA, Ricardoso Fabrino. Democracia deliberativa no Brasil: a expansão

de um campo concentrado. **Civitas**, Porto Alegre, v. 19, n. 3, p. 583-604, set./out. 2019. DOI: <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2019.3.33518>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/civitas/a/WZzCSHxKSSYjJ6C353Lfw5K/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 5 jun. 2021.

HOW to Fix Democracy | Larry Diamond. Entrevistador: Andrew Keen. Entrevistado: Larry Diamond. [S. l.: s. n.], 2019. 1 vídeo (20 min). Publicado no canal Bertelsmann Foundation. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=RtYRn1oiJ6U>. Acesso em: 10 maio 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**: notas sobre a mentira na era Trump. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

KARAWEJCZYK, Mônica. Os primórdios do movimento sufragista no Brasil: o feminismo “pátrio” de Leolinda Figueiredo Daltro. **Estudos Ibero-Americanos**, Porto Alegre, v. 40, n. 1, p. 64-84, 2014. DOI: <https://doi.org/10.15448/1980-864X.2014.1.15391>. Disponível em: [https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/15391/pdf\\_79](https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/15391/pdf_79). Acesso em: 7 jun. 2021.

KREUZ, Letícia Camargo; LUZ, Pedro Machado da. Supremo Tribunal Federal e a “vanguarda iluminista” em xeque. **Justificando**, São Paulo, 26 março 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/03/26/supremo-tribunal-federal-e-a-vanguarda-iluminista-em-xeque/>. Acesso em: 4 jun. 2021.

LARRY Diamond and Francis Fukuyama: Is Democracy in Crisis?. Palestrantes: Larry Diamond e Francis Fukuyama. [S. l.: s. n.], 2016. 1 vídeo (49 min). Publicado no canal World Affairs. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=x9J99sbGJBg>. Acesso em: 10 maio 2021.

LENZ, Sylvia Ewel. Jean Bodin: as premissas de um estado soberano. **Mediações: Revista de Direitos Sociais**, Londrina, v. 9, n. 1, p. 119-134, jul. 2004. DOI: <https://doi.org/10.5433/2176-6665.2004V9N1P119>. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9051/7580>. Acesso em: 4 jun. 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como morrem as democracias**. São Paulo: Zahar, 2018.

LIEBEL, Silvia. Abrir janelas nas almas dos homens: notas historiográficas nos 500 anos da Reforma Protestante. **História Unisinos**, São Leopoldo, v. 24, n. 3, p. 418-431, 2020. DOI: <https://doi.org/10.4013/hist.2020.243.07>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/historia/article/download/hist.2020.243.07/60747960>. Acesso em: 3 jun. 2021.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Algumas Notas sobre a fundamentação de decisões que apreciam questões de fato à luz do novo CPC. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos (coord.). **O Novo CPC**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2016. p. 265-275.

MAGLIULO, Antonio. Hayek and the Great Depression of 1929: Did he really change his mind? **European Journal of the History of Economic Thought**, London, v. 23, n. 1, p. 31-58, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/09672567.2013.792373>. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09672567.2013.792373>. Acesso em: 8 abr. 2021.

MAINKA, Peter Johann. Os fundamentos da identidade europeia na antiguidade, na idade média e nos tempos modernos. **Acta Scientiarum Education**, Maringá, v. 33, n. 1, p. 57-69, 2011. DOI: <https://doi.org/10.4025/actascieduc.v33i1.13244>. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciEduc/article/view/13244>. Acesso em: 12 abr. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MATA, Joel Silva Ferreira. Maquiavel e a Itália, centro dos conflitos europeus: a sua conceção da arte da guerra. **Lusíada**, Porto, v. 10, n. 5-6, p. 171-185, 2012. Disponível em: <http://revistas.lis.ulsiada.pt/index.php/ldp/article/download/2073/2188>. Acesso em: 23 mar. 2021.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". Tradução do alemão Martônio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em: [https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO\\_COMO\\_SUPEREGO\\_DA\\_SOCIEDADE](https://www.academia.edu/38009334/JUDICI%C3%81RIO_COMO_SUPEREGO_DA_SOCIEDADE). Acesso em: 10 maio 2021.

MCKLINLEY, Michelle A. **Fractional Freedoms: Slavery, intimacy, and legal mobilization in colonial Lima, 1600-1700**. New York, NY: Cambridge University Press, 2016.

MELO, Vinicius Holanda; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Os limites da inteligência artificial no exercício da prudência: as atividades jurídicas correm risco? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1015/2020, p. 107-127, maio 2020. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rt-1015-vinicius-holanda-melo-e-antonio-jorge-pereira-junior-os-limites-da-inteligencia-artificial.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 28 jan. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>. Acesso em: 4 jun. 2021.

MERQUIOR, José Guilherme. **O liberalismo: antigo e moderno**. São Paulo: É Realizações, 2014.

MERQUIOR, José Guilherme. Renascença dos liberalismos: a paisagem teórica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 13, p. 42-46, set. 1987. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-644519870003000500005>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/SQWJPWrPqvbmKZLxSDGTqrs/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A importância do contraditório no processo coletivo ambiental. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-10/ambiente-juridico-importancia-contraditorio-processo-coletivo-ambiental>. Acesso em: 26 maio 2021.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003\\_mitidiero.pdf](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003_mitidiero.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 4. ed. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MURAMATSU, Roberta; BIANCHI, Ana Maria A. F. Behavioral economics of corruption and its implications. **Brazilian Journal of Political Economy**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 100-116, jan./mar. 2021. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0101-31572021-3104>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/3gsHZHBvzydVskVvQnVvhyx/?lang=en&format=pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

NEOCONSTITUCIONALISMO. Luís Roberto Barroso. [S. l.: s. n.], 2020, 1 vídeo (58 min). Publicado no canal Fabrício de Pádua. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=5Xy9Tunmy2o>. Acesso em: 10 maio 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

PADILHA, Letícia Marques. O princípio da cooperação como norma fundamental no novo CPC. In: SIMPÓSIO DE PROCESSO: E-PROCESSO E NOVO CPC, 2016, Porto Alegre. **Anais** [...]. Porto Alegre: PUCRS, 2016. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/09.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2021.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros; CARVALHO de, Marius Fernando Cunha; GUIMARÃES, Natália Chernicaró. O princípio da ampla defesa – uma reconstrução a partir do paradigma do estado democrático de direito. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 14., 2015, Manaus. **Anais** [...]. Manaus: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/123.pdf>. Acesso em: 31 maio 2021.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2013. p. 37-58.

ROCHA, André Menezes. A justiça e o melhor regime político em Platão e Aristóteles. **Polymatheia**, Fortaleza, v. 9, n. 14, p. 84-96, 2016. Disponível em: <http://seer.uece.br/>

journal=PRF&page=article&op=view&path%5B%5D=687&path%5B%5D=1923. Acesso em: 18 abr. 2021.

SAID FILHO, Fernando Fortes. A mediação de conflitos como instrumento de concretização da teoria da justiça de John Rawls. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 150-167, jan./jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.5585/prismaj.v18n1.11605>. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/11605/6953>. Acesso em: 30 maio. 2021.

SANTOS, João Carlos Gardini; GUIMARÃES, José Augusto Chaves. As dimensões temáticas do termo “informação” na Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil. **Ibersid**, Zaragoza, v. 12, n. 2, p. 73-79, 2018. Disponível em: <https://ibersid.eu/ojs/index.php/ibersid/article/download/4580/3926/>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SANTOS, Manuela Vidal e Silva Oliveira. O significado dos pedidos de fechamento do Congresso Nacional para a democracia brasileira. **Revista Dizer**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 162-185, 2019. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/dizer/article/view/43186>. Acesso em: 23 abr. 2021.

SANTOS, Manuela Vidal e Silva Oliveira; SANTOS, Ricardo Wagner Oliveira. Quem decide sobre a Coronavac? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/opiniao-quem-decide-coronavac>. Acesso em: 31 maio 2021.

SANTOS, Manuela Vidal e Silva Oliveira; SANTOS, Ricardo Wagner Oliveira. A democracia entre vários dissensos e um consenso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-14/opiniao-democracia-entre-variados-dissensos-consenso>. Acesso em: 23 maio 2021.

SANTOS, Ricardo Wagner Oliveira; SANTOS, Manuela Vidal e Silva Oliveira. O absolutismo dos direitos individuais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/opiniao-absolutismo-direitos-individuais>. Acesso em: 31 maio 2021.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCATTOLA, Merio. Models in history of natural law. *In*: SIMON, Dieter; STOLLEIS, Michael. **Ius commune**: Zeitschrift für europäischer Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2001. p. 91-159.

SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e cognição sumária. **REDP**: Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 13, n. 13, p. 552-82, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11924/9337>. Acesso em: 2 jun. 2021.

SCHVARTZ, Vítor Hirschbruch. Fenômeno e conflito: sexto contra Porchat. **Revista Discursos**, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 181-192, 2020. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8863.discurso.2020.181248>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/discurso/article/view/181248>. Acesso em: 31 maio. 2021.

SEELANDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 53, p. 197-232, dez. 2006. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16407-16408-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Coisa julgada relativa? **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 316, p. 7-18, fev. 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20-formatado.pdf>. Acesso em: 26 maio 2021.

SOARES, Giselle Silva. Entre o projeto de modernidade e a efetivação da democracia: marcas deixadas na construção da vida social brasileira. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 109, p. 31-44, mar. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-66282012000100003>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282012000100003&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000100003&lng=pt&nrm=iso). acessos em 10 abr. 2021.

STOPANOVSKI, Marcelo. Dá-me os dados que te darei o direito - dentro das incertezas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 8 jul. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-08/suporte-litigios-me-dados-te-darei-direito>. Acesso em: 3 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. Ainda sobre o livre convencimento: resistência dos tribunais ao novo CPC. *In*: ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio (org.). **Novo CPC aplicado visto por processualistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 193-212.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, p. 64-71, jan./jun. 2010. DOI: <https://doi.org/10.4013/4776>. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/4776>. Acesso em: 31 maio 2021.

VALDIVIA-FUENZALIDA, José-Antonio. Sobre el realismo medieval. Un estudio a partir de Tomás de Aquino y Enrique de Gante. **Anuario Filosófico**, Navarra, v. 53, n. 2, p. 241, 2020. DOI: <https://doi.org/10.15581/009.53.2.001>. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-filosofico/article/view/34103>. Acesso em: 3 jun. 2021.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novo CPC: das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais. *In*: VIANA, Juvêncio Vasconcelos (org.). **O Novo CPC: parte geral**. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2018. p. 11-29.

VILLEGAS REVUELTA, Silvestre. Inglaterra: entre la aversión a la revolución y la necesidad de una reforma. **Metapolítica**, Napoli, v. 12, n. 61, p. 66-71, 2008.

VITA, Álvaro de. Prefácio. *In*: MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. XIII-XXI.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Notas sobre o contraditório no projeto do novo CPC. **Migalhas**, Brasília, 14 ago. 2013. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/184362/notas-sobre-o-contraditorio-no-projeto-do-novo-cpc>. Acesso em: 23 maio 2021.

WEFFORT, Francisco C. Qual reforma política?. **Estud. Av.**, São Paulo, v. 23, n. 67, p. 37-45, 2009. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142009000300004>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142009000300004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142009000300004&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 10 abr. 2021.

YOUNG, Iris Marion. Desafios ativistas à democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 13, p. 187-212, jan./abr. 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522014000100008>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/qkxjWbLxbXbLvr4tNkLMhqQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 3 jun. 2021.

ZICK, Timothy. Framing the second amendment: gun rights, civil rights and civil liberties. **Iowa Law Review**, Iowa City, IA, 10 Sept. 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3450947](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3450947). Acesso em: 5 maio. 2021.