



A CONEXÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

THE CONNECTION BETWEEN THE PRINCIPLES OF CONTRADICTORY AND GROUNDING OF JUDICIAL DECISIONS

Cirilo Augusto Vargas, DPMG, Belo Horizonte¹

RESUMO: Diante do atual estágio de desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, não é mais possível conceber o processo como mero instrumento de realização da justiça e da paz social. É imperioso que se enxergue o processo como garantia fundamental de participação política e de efetivação da cidadania. E, desta feita, o presente trabalho analisa, dentro de uma perspectiva constitucional democrática, o princípio do contraditório e seus desdobramentos lógicos, como elementos necessários à construção de decisões judiciais legítimas, racionais e aceitáveis do ponto de vista da dialética processual.

Palavras chaves: Estado democrático de Direito – legitimidade das decisões judiciais – supremacia constitucional – princípio do contraditório

ABSTRACT: Given the current stage of development of Brazilian constitutionalism, it is no longer possible to conceive the process as a mere instrument to achieve justice and social peace. It is imperative to see the process as a fundamental guarantee of political participation and effective citizenship. And this time, this paper examines, within a democratic constitutional perspective, the adversarial principle and its logical consequences, as necessary elements for the construction of legitimate, rational and acceptable judicial decisions from the standpoint of dialectical procedure.

Keywords: Democratic state of law - legitimacy of judicial decisions - constitutional supremacy - the principle of adversary

¹ Defensor Público do Estado de Minas Gerais (desde 2005). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2002) e pós-graduação lato sensu em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2009). Atuou em missão internacional no Timor Leste (participação no Projeto de Apoio ao Fortalecimento do Sistema de Justiça de Timor Leste, coordenado pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil e pelo PNUD - Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento) (2010-2011). Atualmente exerce as funções de Assessor da Defensoria Pública Geral do Estado de Minas Gerais.

1 - INTRODUÇÃO

O poder político estatal, institucionalizado sob a forma de três diferentes atividades ou funções² (legislativa, administrativa e judiciária), submete-se a uma questão fundamental: o problema da organização. Esta é alcançada mediante o controle do seu exercício coercitivo por aqueles que são submetidos às decisões estatais, “o que se faz impossível sem crescente representatividade, informação e participação.”³

Nas democracias consolidadas, não há como conceber o exercício legítimo da autoridade estatal, sem que essa manifestação coercitiva espelhe a vontade do povo⁴ (apto a exercer controle e fiscalização). A soberania popular configura elemento indissociável da expressão legislativa, administrativa e judicial.

A estruturação do Estado Democrático de Direito expôs não somente a falência institucional dos órgãos executivos e legislativos. Ficou clara a impossibilidade de transferir para o Judiciário o papel de garantidor da ‘justiça universal’ e da ‘vontade da lei’, tarefa que tem justificado a construção unilateral de decisões judiciais. Em outras palavras, o desenvolvimento da democracia constitucional conduz à superação do decidir sustentado pela

² A terminologia não é uniforme na literatura jurídica. Há no Brasil uma forte corrente doutrinária que sustenta a possibilidade de fracionamento da soberania. Tal entendimento leva à percepção das atividades estatais como ‘poderes’, imunes ao controle popular. Sobre o tema, ver a lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias em sua obra *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 70.

³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*, p. 55. O saudoso processualista baiano ressalta que a face política do poder organiza a coerção e assegura a efetividade da ordem de dominação instituída. (*Op. cit.*, p. 46).

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, n. 3 e 4, p. 143.

atuação de um ‘decisor-descobridor’ que “escuta a voz de Deus emanante de regras éticas de validade universal.”⁵

Nesse contexto, o Devido Processo Constitucional exsurge como a forma mais eficaz de exercício da soberania popular⁶ (e de assegurar a legitimidade decisória do poder político estatal). Segundo André Del Negri, aquele configura uma “instituição regenciadora de todo e qualquer procedimento (devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial.”⁷

Objeto deste estudo, os pronunciamentos jurisdicionais refletem manifestação do poder político do Estado, que nunca pode ser arbitrário.⁸ Logo, devem ser construídos conforme regras expressamente definidas na lei e, primordialmente, na Constituição (princípio da supremacia constitucional).

Especial menção será feita ao princípio do contraditório (CR/88, art. 5º, LV) e à forma como ele é umbilicalmente ligado ao princípio da fundamentação das decisões judiciais (CR/88, art. 93, IX). Demonstrar-se-á que somente o *procedimento dialeticamente organizado (processo)*, cujos participantes atuam em posição simétrica, é capaz de legitimar o exercício da atividade jurisdicional⁹ (posicionando o juiz não como partícipe da relação jurídica, mas como *destinatário e viabilizador do contraditório*).

⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 19.

⁶ O art. 3º da Constituição da República Portuguesa prescreve que “A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.”

⁷ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*, p. 74.

⁸ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 13, p. 337.

⁹ “O processo civil tem estrutura dialéctica ou polémica, pois que assume a natureza de um debate ou discussão entre as partes. E estas - repete-se - devem ser tratadas com igualdade. Para além do princípio do dispositivo ou da livre iniciativa e do ditame da livre apreciação das provas pelo julgador, constituem, assim, traves mestras do processo o princípio do contraditório e o da igualdade das partes (igualdade de armas).” (Tribunal Constitucional de Portugal, acórdão n. 177/2000, 2ª Secção, Relator Bravo Serra, julgamento em 22.03.2000, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>, acesso em 17.05.2009).

2 – A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

Calmon de Passos adverte que não existe convivência humana livre de relações de poder, sendo estas marcadas pelo traço da desigualdade. Porém, o problema não consiste na supressão do poder nas relações humanas, mas na obtenção de um meio de ‘domesticar o poder’.¹⁰

Por razões históricas, a noção de controle e participação popular das decisões políticas esteve associada ao sufrágio¹¹ (democracia representativa), apesar de sua falibilidade. No Brasil, como não foi adotado o modelo norte-americano de provimento de juízes pelo voto popular, sustentou-se a legitimidade da jurisdição na sua suposta qualidade de ‘função pacificadora’, servindo o processo como “meio efetivo para a realização da justiça”.¹²

O juiz, portanto, sob a tradicional perspectiva nacional, seria detentor de soberania, apto a exercer os ‘escopos metajurídicos da jurisdição’ (alcance da paz, da justiça social e do bem comum). Essa é a visão de Moacir Amaral Santos, para quem

Juiz e partes são os sujeitos principais da relação processual, sem os quais esta não se completa. Dos sujeitos, entretanto, como órgão do Estado, no exercício da função jurisdicional, é o juiz quem desempenha o papel preponderante. É a figura central do processo (GABRIEL DE REZENDE FILHO); É a coluna vertebral da relação processual (CHIOVENDA); É o sujeito mais eminente da relação processual (MANZINI, FREDERICO MARQUES). Distingue-se das

¹⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*, p. 49.

¹¹ “Na Revolução Francesa, quando o poder absoluto do rei foi repudiado, a nova classe dominante – burguesia – necessitou buscar seu próprio instrumento racional de legitimidade, e o fez através da utilização do povo, já que gozavam de imenso prestígio em sociedade (...). Sugeriu-se, então, a representação destas pessoas por outras legitimamente eleitas, já que a burguesia anunciava e defendia o princípio da representação.” (RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 17, n. 65, p. 60).

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 43.

partes – diz Carnelutti – não só porque lhe são atribuídos poderes, mas, especialmente, pela sua posição superior às mesmas.¹³

Há urgência em superar esse anacrônico entendimento. É preciso compreender definitivamente que, “por ser ideológica, a idéia de justiça traduz os interesses dos grupos detentores do poder e é utilizada para a manutenção dessa relação de poder.” A *noção subjetiva do justo* não condiz com a democracia, porque qualifica sociedades, condutas e homens como bons ou ruins, legitimando a repressão e o arbítrio como formas idôneas de manutenção de qualquer ordem política ou econômica.¹⁴

E o ponto fundamental: o controle jurisdicional configura um ‘canal privilegiado’ escolhido para atuação do sistema constitucional de garantias porque o processo possui estrutura participativa (dialética) e porque insere o julgador na condição de terceiro (não como ‘coluna vertebral’ ou ‘figura central’ do processo).¹⁵ Judiciosa a observação de Aroldo Plínio Gonçalves:

Enquanto não se podia pensar a função jurisdicional com a participação das partes na fase de preparação da sentença, a reflexão jurídica se ateve à missão do juiz, e projetou nele a grande esperança de se retificarem as injustiças do Direito positivo.¹⁶

¹³ *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 365. A percepção distorcida a respeito da legitimidade da função jurisdicional levou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, a sustentar que “Entende-se como pedido o conjunto de súplicas formuladas ao longo da petição inicial.” (REsp 234396/BA, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, publicação no Diário do Judiciário em 14.11.2005, disponível em <http://www.stj.jus.br>, acesso em 02.05.2009).

¹⁴ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *O que é justiça: uma abordagem dialética*, p. 21-26. O professor da Universidade de Brasília destaca ainda: “A justiça torna-se o respaldo da segurança, o sinônimo das ações arbitrárias que aparecem para manter uma ordem supostamente justa. Assim, nos defrontamos com o tríptico da justiça do opressor: a justiça, a ordem e a segurança do Estado.” Em razão do entendimento de Roberto Aguiar, ao qual manifestamos total adesão, não podemos concordar com recente afirmação de Alexandre Freitas Câmara: “O modelo processual brasileiro deve estar de acordo com o modelo de Estado que a Constituição da República estabeleceu para o Brasil. E nesse modelo de Estado ativo a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo atinja seus fins, entre os quais a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário. Para que tal desiderato seja alcançado, impõe-se o reconhecimento de amplos poderes de iniciativa probatória do juiz, permitindo que esse agente estatal cumpra sua missão constitucional: fazer justiça.” (Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: FARIA, Juliana Cordeiro de *et al.* (Org.). *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*, p. 43).

¹⁵ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, v. 22, n. 87, p. 64.

¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 194-195.

Embora reconhecendo o valor da obra de estudiosos do tomo de Cândido Rangel Dinamarco ou Moacir Amaral Santos, por sua inegável contribuição para o Direito Processual brasileiro, pensamos ser inadiável avançar para absorver valores constitucionais de há muito difundidos na Europa¹⁷ (inclusive na Itália, país que tradicionalmente fornece amplo subsídio doutrinário para o Brasil). Dessa forma, torna-se uma exigência repensar sobre a origem da legitimidade dos pronunciamentos judiciais.

A legitimidade dos atos judiciais provém da obediência aos preceitos constitucionais e da possibilidade de concretização dos princípios nela consagrados, principalmente do princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito.¹⁸

A Constituição de um país corresponde, via de regra, à expressão máxima da vontade popular e parâmetro de validade de todas as demais normas componentes do ordenamento jurídico.¹⁹ Na Espanha, país que amargou a longa ditadura franquista e que hoje se constitui como Estado democrático, as sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional iniciam seu capítulo

¹⁷ A Constituição Portuguesa, vale lembrar, traz dispositivo expresso no sentido de que “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (art. 202º, item 1). Preceito semelhante é encontrado: no art. 454 do *Nouveau Code de Procédure Civile* (Código de Processo Civil Francês), segundo o qual “*Le jugement est rendu au nom du peuple français*” (tradução livre: “O julgamento é entregue em nome do povo francês”); no art. 101 da Constituição Italiana (“*La giustizia è amministrata in nome del popolo*”) e no art. 117, item 1, da Constituição Espanhola (“*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley*”). Consoante lição de Ronaldo Brêtas, a democracia não se restringe a uma forma de Estado ou de governo. Constitui um verdadeiro princípio “consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos (...)” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Fundamentos do estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, n. 13 e 14, p. 158).

¹⁸ Princípio referido por Ronaldo Brêtas. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*, p. 132.

¹⁹ Para Carlos Henrique Soares e Gustavo Torres Soares, “A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apesar de tantas violações e desqualificações pelos setores conservadores da sociedade brasileira, pode ser considerada, uma vez que foi forjada com ampla participação de vários setores da sociedade civil, uma constituição democrática. (...) É razoável postular que disso decorre a legitimidade de título do Poder Judiciário em nosso país.” (O processo como pressuposto jurídico de legitimidade decisória. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). *Estudos continuados de teoria do processo*, v. 4, p. 150).

dispositivo com os seguintes dizeres: “Em atenção a todo o exposto, o Tribunal Constitucional, através da autoridade que lhe confere a Constituição da Nação Espanhola, decidiu (...).”²⁰

A nosso ver, a Constituição autoriza e legitima os pronunciamentos judiciais, sob dois ângulos distintos: da legalidade e do processo. Em relação ao primeiro, conforme explica Simone Goyard-Fabre,

(...) desde o século XVIII, a vida política, fortemente intelectualizada, deu um caráter jurídico à própria idéia de democracia. Assistimos à sua legalização: esta dá forma à vontade pública que ela molda e estrutura. (...) A legalidade tornou-se assim o padrão de legitimidade. E, como o aparelho legislativo emana da vontade geral, o único fundamento da legitimidade democrática é a opinião do povo.²¹

A legalidade é pressuposto do Estado Democrático de Direito porque ressalta a importância do povo na construção da decisão política e *afasta o subjetivismo do julgador*. No dizer de José Cirilo de Vargas, “O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, a qualquer tendência de exacerbação personalista dos agentes do poder público.” E ainda:

Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, e, indo acima na hierarquia das funções e cargos públicos, alcança até mesmo certas

²⁰ No original: “*En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española, ha decidido (...).*” O art. 3º, item 2, da Constituição Portuguesa prescreve que “O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática.” Sobre a idéia de legitimidade, Rosemiro Pereira Leal pontua que “Atualmente é a constituição, quando oriunda livremente do povo em paradigmas universais de dignidade e liberdade humanas, a única fonte do poder legítimo jurídico-institucional, e não mais o Estado ou outras esferas funcionais que só se legitimam em razão de nela terem origem.” (*Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 49).

²¹ GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*, p. 280-281. Esse posicionamento da eminente professora da Universidade de Paris nos remete, pela leitura de aprofundado estudo de Ronaldo Brêtas, ao denominado ‘ciclo de atos de legitimação’ de Friedrich Müller. O professor da PUC em Minas Gerais esclarece que “o povo elege seus representantes, cujos trabalhos legislativos devem refletir o pensamento popular na construção dos conteúdos das normas de direito que devem ser observadas nas relações sociais e no exercício das funções e das diferentes atividades desenvolvidas pelos órgãos do Estado. Também ocorre que, a partir daí, os destinatários e atingidos pelos atos estatais são potencialmente todos aqueles que residem no território do Estado, ou seja, o povo, a comunidade política, integrada pelos governantes e pelos governados. Para a doutrina alemã, é esse o ciclo de atos de legitimação que aponta o lado democrático do Estado de Direito.” (*Fundamentos do estado democrático de direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 7, p. 159).

manifestações caudilhescas ou messiânicas, típicas de países subdesenvolvidos, como o nosso. Esse princípio é o antídoto natural do poder monocrático, pois tem como raiz a idéia de soberania popular e de exaltação da cidadania.²²

Quanto ao processo, verifica-se que é através dele, procedimento discursivo de origem constitucional (regido pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia), que se deve exercer a jurisdição. Por meio do processo garantem-se “direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional.”²³

Para Ítalo Andolina, o processo tornou-se “o instrumento dinâmico de leitura e releitura contínua, e portanto evolutiva, dos preceitos constitucionais e a idéia-força de sua atuação concreta.”²⁴ A Constituição legitima os pronunciamentos judiciais porque ela é um sistema preeminente de direitos fundamentais que estabelece os princípios institutivos do processo. Este se revela, nesse contexto, como o mais eficiente instrumento de participação popular na construção das decisões judiciais e efetivador dos preceitos consagrados na própria Constituição.²⁵ Temos, portanto, que o princípio da vinculação ao Estado Democrático de Direito possui como traves mestras os

²² VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 77. Por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 73.454 pelo STF, o então Ministro Relator Maurício Corrêa frisou: "Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito." (Julgamento em 22-4-96, publicação no Diário do Judiciário em 7-6-96, disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 25.05.2009).

²³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, n. 5 e 6, p. 165.

²⁴ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, v. 22, n. 87, p. 65.

²⁵ “Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimidade decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que encontra no irrestrito acesso ao Judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado e não através da lei.” RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 17, n. 65, p. 64.

princípios da reserva legal e da supremacia constitucional²⁶ e sobre este serão tecidas maiores considerações.

3 – O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL²⁷

Não se cogita em um Estado Democrático de Direito sem Constituição²⁸, documento solene que assegura os direitos e garantias fundamentais, cujas disposições são preeminentes em relação às demais normas jurídicas internas. As normas constitucionais são dotadas de *valor hierárquico absoluto*, pois “encontram-se no topo do ordenamento jurídico e são incontrastáveis. Sua superioridade em relação às leis ordinárias implica o princípio da conformidade de todos os atos do Poder Público à Constituição.”²⁹

Lembra Luigi Paolo Comoglio que o desfecho sangrento da Segunda Guerra Mundial chamou a atenção para a necessidade de se reconhecerem constitucionalmente garantias processuais, criando-se assim o mais amplo quadro de prerrogativas invioláveis do ser humano, de acordo com o sistema internacional de Direitos Humanos. Verificou-se que a ordem legal de proteção jurisdicional em vigor na Itália e na Alemanha, baseada na teoria jusnaturalista, era inapta para coibir repressões à liberdade individual e o genocídio.³⁰

²⁶ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 132. Ressalta o autor que os ‘três inimigos figadais do arbítrio judicial’ são o princípio da reserva legal, o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais. (*Op. cit.*, p. 140).

²⁷ Para Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ‘supremacia da Constituição’ não é um princípio. O professor da PUC sustenta ser ela “elemento essencial à constituição do código de funcionamento do Direito. Um código binário que separa o lícito/constitucional do ilícito/inconstitucional. Se ele deixa de ser considerado, quem se afasta é o próprio Direito.” (*Jurisdição constitucional democrática*, p. 242).

²⁸ “O Estado contemporâneo se organiza e se rege por uma Constituição, dentro de uma estruturação jurídica que lhe permite a criação de órgãos para o desempenho de suas funções essenciais, que não são soberanos, pois é o Estado que detém a soberania em nome do povo, sem a qual lhe faltaria o poder de criação e de aplicação das normas que edita para composição do seu ordenamento jurídico, o qual lhe serve de diretriz obrigatória no desempenho de quaisquer de suas funções.” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 216).

²⁹ VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 52.

³⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, v. 23, n. 90, p. 99.

A fraude constitucional perpetrada na Alemanha durante o regime nazista demonstrou que a simples elevação dos direitos fundamentais à condição de constitucionais não foi suficiente para torná-los efetivos.³¹ Fez-se necessária a instrumentação de garantias, também constitucionais, aptas a viabilizar o gozo das prerrogativas estabelecidas pelo Constituinte. Assim, despontou na Europa a idéia de Processo Constitucional, destinado, segundo Baracho, “a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas.”³² Ensina o saudoso professor da UFMG que “No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz.”³³

Desenvolveu-se a Justiça Constitucional (baseada no modelo kelseniano de custódia da Constituição), fato que para Louis Favoreu significou “o acontecimento mais marcante do Direito Constitucional europeu da segunda metade do século XX.”³⁴ O autor informa também:

A instauração da *justiça constitucional* na Alemanha e na Itália, bem como sua disseminação européia na segunda metade do século

³¹ Na Alemanha nazista, ao contrário do que pensam alguns, existia um movimento constitucionalista organizado. A Constituição de Weimar, promulgada em 1919, estava em vigor e previa um amplo rol de direitos, principalmente sociais. Contudo *não havia a noção de supremacia e rigidez constitucional*. Logo, os princípios asseguradores da inviolabilidade de direitos fundamentais foram relegados ao segundo plano, justamente para facilitar a agressiva ingerência do Estado. A estrutura estatal repressora sustentava-se num *modelo legalista pseudo-democrático*. Esclarece Fábio Konder Comparato que “Hitler, afinal, não precisou revogar a Constituição de Weimar para instaurar na civilizada Alemanha a barbárie nazista: simplesmente relegou às traças aquele ‘pedaço de papel’.” COMPARATO, Fábio Konder. Uma morte espiritual. *Folha de S. Paulo*, 14 maio, 1998. Caderno 1, p. 3. Louis Favoreu ressalta: “Podemos constatar que na Alemanha de Weimar, as leis votadas pela maioria prevista no artigo 76 da Constituição permitiam ‘derrogar materialmente’ o texto constitucional em detrimento da proteção dos direitos fundamentais; e um dos comentadores autorizados da Constituição da época ‘felicitou-se pela pouca rigidez da Constituição’.” (*As cortes constitucionais*, p. 22). E ainda: “Na Alemanha, sob o regime da Constituição de Weimar, os juízes ordinários, autorizados pelo artigo 102 da Constituição, aceitaram verificar a constitucionalidade formal das leis a partir de uma decisão do Tribunal do Reich de 4 de novembro de 1925; entretanto não ousaram formular regras sobre a constitucionalidade da lei e principalmente sobre a proteção dos direitos fundamentais. Desse modo, não se opuseram a ‘numerosas violações da ordem constitucional que eram cometidas bem cedo pelo Parlamento’. Essa experiência impeliu os reformadores, após a guerra, a voltar às teorias de Kelsen que tinham sido afastadas em proveito das de C. Schmitt.” (*Op. cit.*, p. 19).

³² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, v. 93, n. 337, p. 120.

³³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, v. 93, n. 337, p. 107. O autor assevera que “A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais.” (*Op. cit.*, p. 105).

³⁴ FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*, p. 15. É importante lembrar que a Corte Constitucional austríaca foi instalada *antes da segunda guerra mundial*, no ano de 1920. Durante o conflito, suas atividades foram interrompidas, sendo retomadas somente em 1945 (*Op. cit.*, p. 10).

passado se deveu, como sabido, às razões históricas das experiências nazista e fascista, reveladoras da possibilidade de *arbitrio* dos poderes legislativo e executivo na elaboração e aplicação de leis votadas conforme maiorias parlamentares circunstanciais, em detrimento de qualquer *limite* às suas decisões. A ausência de *controle* sobre as leis gerou grave descrença nos *juizes ordinários*.³⁵
(Grifo do autor)

A partir do momento em que a Constituição foi compreendida como norma hierarquicamente superior às demais leis, a sua obediência e proteção fizeram-se prementes.³⁶ Optou-se, com isso, por atribuir poderes a órgãos judiciários específicos, atuando estes como fiscais da adequação das leis à Constituição (controle de constitucionalidade pela Jurisdição Constitucional). Rompeu-se com a ‘soberania do legislador’, passando o juiz a ser qualificado como ‘órgão terminal de apreciação da Constituição.’³⁷

Segundo Marcelo Cattoni, a Jurisdição Constitucional (ou Justiça Constitucional) assumiu duas grandes tarefas: proteção de direitos fundamentais (‘Jurisdição Constitucional das Liberdades’) e garantia da Constituição, “*que envolve desde conflitos de competência constitucionalmente configurados até o chamado controle de constitucionalidade da lei em tese.*”³⁸

³⁵ FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*, p. 10.

³⁶ Não é possível equiparar a Constituição a uma lei. Friedrich Müller observa que “A tradicional fissura do conceito de constituição deriva da situação precária do paradigma superado, do seu conceito inteiramente insuficiente de lei.” (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 124-125).

³⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 2, n. 3 e 4, p. 97. Quando Favoreu se refere ao modelo de controle de constitucionalidade adotado na Europa, afirma que “Nos diversos casos, se escolhemos o modelo kelseniano em vez do modelo estadunidense é porque (...) não temos mais medo de ferir a soberania do legislador, pois o legislador falhou em sua missão; mostrou que podia ser opressor e fez surgir a necessidade de defender-se dele também.” (*As cortes constitucionais*, p. 23).

³⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 3, n. 5 e 6, p. 166. Consoante adverte o Ministro Celso de Mello, “Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.” (ADI 293-MC, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 6-6-90, publicado no Diário do Judiciário de 16-4-93, disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 17.05.2009).

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis é qualificado como ‘misto complexo’, passível de ser exercido tanto pelo órgão de cúpula do Judiciário (modelo austríaco de Kelsen) quanto por qualquer órgão jurisdicional (modelo estadunidense). Portanto, segundo Brêtas, “toda jurisdição é constitucional”, porque é dever dos órgãos jurisdicionais “apreciar e decidir as questões constitucionais suscitadas em qualquer processo, nos casos concretos levados à sua apreciação para julgamento.”³⁹

Nessa perspectiva, a atribuição ao juiz e aos tribunais da função de guardiões da Constituição aumentou sobremaneira sua responsabilidade: a proteção constitucional exige, além da fiscalização legislativa, o dever de prestar absoluta obediência aos princípios estabelecidos pelo Constituinte. Logo, o exercício de jurisdição não revela, por si só, a existência de processo. Este somente se materializa quando regido pelos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia.⁴⁰

O Processo Constitucional, que, “de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas”⁴¹, interliga-se com a Jurisdição Constitucional de maneira a viabilizar o gozo dos direitos fundamentais, os quais “são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional.”⁴²

³⁹ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 92.

⁴⁰ Na Alemanha de Hitler *havia jurisdição, sem Devido Processo*, já que o Estado tinha total liberdade para intervir na esfera pessoal do indivíduo sem submeter-se a qualquer princípio estabelecido na Constituição. Destaca Rosemiro Leal que “não é a jurisdição que permite a participação popular no poder ou enseja justiça do cidadão, como insinua Bidart, pois tais conteúdos são de direito fundamental constitucionalizado, não decorrem da generosidade ou habilidade jurisdicional.” (*Teoria geral do processo*, p. 64).

⁴¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 2, n. 3 e 4, p. 120-121.

⁴² CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 111. Não somente a Constituição pode servir de paradigma para fins de fiscalização legislativa. Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter supralegal dos diplomas normativos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse caso, eles possuem eficácia paralisante em relação à legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante. Trazemos à baila, para reforçar nossa colocação, alguns trechos do voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes: “Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina

Diante do atual estágio de desenvolvimento do constitucionalismo, não se pode mais ignorar que “O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional.”⁴³ Conforme sustenta André Cordeiro Leal, “o processo constitucionalizado passa a conferir normatividade a seus princípios institutivos de maneira a vincular o julgador quando da prolatação das decisões.”⁴⁴ A atividade jurisdicional, face do poder político estatal, é, sob esse raciocínio, definida pela lei e simultaneamente limitada pelos direitos e garantias fundamentais, também frutos de normas jurídicas.⁴⁵

A Constituição, qualificada por Simone Goyard-Fabre como “escritura necessária do poder”⁴⁶, é o documento cujas normas *materializam o Estado e autorizam o exercício do poder político*. Nas palavras de Paulo Bonavides, “O futuro da Constituição e da democracia reside em concretizar princípios, em

normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. Enfim, dada a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para a aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.” (Tribunal Pleno, Relator Ministro Carlos Brito, data de publicação no DJE nº 104: 5.6.2009, disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 10.06.2009).

⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, v. 93, n. 337, p. 107.

⁴⁴ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 40. Trata-se da ‘função normativa própria’ ou ‘normogenética’ exercida pelos princípios, função esta “compreendida como informadora ou de fundamentação do ordenamento jurídico em toda sua extensão. (...) A partir dessa concepção teórica, tem-se o reconhecimento doutrinário da sua natureza normativa própria com força vinculante e não apenas simples enunciado programático.” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 122).

⁴⁵ A dicotomia entre Estado *do* direito e Estado *de* direito, referida originalmente por Simone Goyard-Fabre, representa a dupla tarefa do Direito Político moderno: “Se é certo que o Direito Político moderno tem a tendência de dirigir o Poder do Estado, exprimindo pelas leis a vontade geral, que traduz a soberania do povo, não menos certo, porém, é que, ao mesmo tempo, também procura preservar e garantir as liberdades individuais.” (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Uma introdução ao estudo do direito político. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 8, p. 119).

⁴⁶ GOYARD-FABRE, Simone. *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, p. 78, *apud* CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 99.

reconhecer-lhes a força imperativa, em formar a convicção incontestável e sólida de que eles *legitimam os Poderes constitucionais*.”⁴⁷ (grifo nosso)

4 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO

4.1 – Significado atual de contraditório

Obras tradicionais da literatura jurídica nacional difundiram a noção de contraditório como ‘princípio da audiência bilateral’, principalmente numa perspectiva de que “ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se.”⁴⁸ Essa percepção *estática* do contraditório continua sendo transmitida e assimilada pelos profissionais do direito, sejam eles professores, ministros, desembargadores, advogados ou membros do Ministério Público.

Para o professor José Manuel Lebre de Freitas, o conceito antes referido é válido, porém *restritivo*. Necessária sua substituição por uma “noção mais lata de contraditoriedade, com origem na garantia constitucional do *rechilches Gehör* germânico, entendida como garantia de participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio.” Tal garantia, prossegue o catedrático de Coimbra, concretiza-se

mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a *defesa*, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a *influência*, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo.⁴⁹

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Senado Federal e STF: queda e ascensão. *Folha de S. Paulo*. 26 out. 2007. Caderno 1, p. 3.

⁴⁸ SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 387. A título exemplificativo, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*, p. 61 e JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, p. 60.

⁴⁹ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*, p. 96-97. Daniel Mitiero, citado por Ronaldo Brêtas, ao explicar sobre a ‘dimensão ativa’ do direito fundamental ao contraditório, destaca que este “não se cinge mais a garantir tão-somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante quanto ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na

Compreender o processo como relação jurídica, fruto de uma construção individualista do século dezenove, na qual se estabelecem vínculos de coordenação ou subjugação entre os participantes, obscurece seu papel como mecanismo de participação política e efetivação da cidadania. Em elucidativo trecho de sua obra, Aroldo Plínio Gonçalves destaca:

No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos. Mesmo a doutrina tradicional já via a dificuldade de se sustentar o poder da parte sobre a conduta do juiz, resolvendo a questão pela concepção de que a ‘relação’ entre eles, juiz e parte, seria de ‘subordinação’.⁵⁰

Não é difícil perceber que, enquanto a jurisdição tiver sua legitimidade sustentada num atributo mítico (capacidade de realizar a justiça e a paz social), a participação das partes interessadas será sempre secundária, pois terá o juiz papel preponderante no processo. Nessa perspectiva instrumentalista do processo, desloca-se o foco da legitimação e do poder, transferindo-o para o órgão público, que deveria, pela Constituição, estar a serviço do povo.⁵¹ Consoante Dierle José Coelho Nunes, no Estado Democrático de Direito

os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos

conformação da decisão judicial. (...) Nessa perspectiva, o contraditório deixa de ser um direito fundamental que se cifra à esfera jurídica do demandado, logrando pertinência a ambas as partes, abarcando, portanto e evidentemente, inclusive o demandante.” (A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner, *apud* CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. As reformas do código de processo civil e o modelo constitucional do processo. In: CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*, p. 476).

⁵⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 100.

⁵¹ Rosemiro Leal denuncia o equívoco em que incidem os seguidores da teoria instrumentalista do processo como relação jurídica entre o juiz e as partes, “em que se confere ao juiz ‘participação’ de imaginosa liberdade na construção do procedimento. Nessa qualidade relacional do procedimento, dispensam-se as condicionantes do processo constitucionalizado em norma fundamental, transformando-o em método aleatório de atuação da jurisdição pretoriana (vontade do juiz) (...)” (*Teoria geral do processo*, p. 51).

atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, e este é o cerne da garantia do contraditório.⁵²

Os adeptos da escola instrumentalista não lograram êxito em estabelecer a natureza jurídico-científica do processo.⁵³ Coube ao processualista italiano Elio Fazzalari fazê-lo, na década de 1950, através da reelaboração do conceito de procedimento (suficientemente genérico, “para comportar uma multiplicidade de particularidades”).⁵⁴ A partir daí, qualificou-se o processo como espécie de procedimento, dotada de relevante especificidade, qual seja, “uma estrutura dialética que possibilita a participação dos interessados à fase preparatória do provimento (decisão).”⁵⁵

O princípio do contraditório, que posteriormente à construção de Fazzalari assumiu feição constitucional⁵⁶, tornou-se, portanto, a peça-chave que

⁵² NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, v. 1, p. 40. O autor assevera que “O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo dos sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.” (*Op. cit.*, p. 41).

⁵³ “Conclui-se que, entre os seguidores da escola instrumentalista e da relação jurídica (que não é jurídica, mas subjetivo-voluntarista), o ‘processo é essencialmente teleológico’, um instituto flutuante, etéreo, ritualístico, sem qualquer vínculo lógico-jurídico, porque, ao dizerem que o processo é ‘modo’ ou força que impulsiona os atos do procedimento perceptível, o processo seria imperceptível, isotérico e inefável, sequer teria, como a música, a mais abstrata das artes, um modo (maior ou menor) que se distingue pela alteração qualitativa dos intervalos (isto é, da segunda para a terceira nota da escala fundamental). O processo, para tais processualistas, é uma culinária, à milanesa, cuja fórmula é alquímica, inacessível às inteligências inferiores, envolvendo-se num mundo ritualístico do sagrado.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 83-84).

⁵⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 102. Explica o professor Aroldo Plínio que “O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.” (*Op. cit.*, p. 102). Ronaldo Brêtas identifica a teoria de Fazzalari como ‘teoria estruturalista do processo’. (Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado. In: CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). *Processo civil reformado*, p. 434).

⁵⁵ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório, p. 40. Válida a advertência de Aroldo Plínio, no sentido de que “a participação do juiz não o transforma em um contraditor, ele não participa ‘em contraditório com as partes’, entre ele e as partes não há interesse em disputa, ele não é um ‘interessado’, ou um ‘contra-interessado’, no provimento. (...) a participação em contraditório se desenvolve ‘entre as partes’, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento.” (*Técnica processual e teoria do processo*, p. 121).

⁵⁶ Fazzalari não concebeu o contraditório como uma garantia fundamental de natureza constitucional, mas como um elemento técnico do processo, na sua distinção com o procedimento. Essa visão, apesar de representar inegável conquista científica, em face de sua contribuição para dessacralizar a ‘nebulosa mística processual’, é insuficiente porque “o simples dizer que o processo é um procedimento em contraditório não emprestaria

assegura a ‘*estrutura participativa*’ do processo e “uma regra essencial do procedimento jurisdicional, condicionando a validade da decisão final do juiz.”⁵⁷ O *diálogo jurídico* que se estabelece no processo, por meio do contraditório, aliado à legalidade que rege a atuação das partes, *elimina a subjetividade* do julgador e, via de consequência, a prolatação de decisões arbitrárias (manifestação inconstitucional do poder político). Ao propiciar um espaço participativo (de controle e fiscalização popular), gera *racionalidade técnica* na condução do procedimento, apta a superar o exercício da atividade jurisdicional marcada “pela arbitrariedade, pela discricionariedade, pelo subjetivismo, pelo messianismo, pelas individualidades carismáticas ou pela patologia que denominamos complexo de Magnaud (...).”⁵⁸

É válido salientar que não pode ser admitida *dosagem do contraditório* conforme o ‘prudente arbítrio do juiz’. O exercício limitado da garantia fundamental, às vezes sutil, frustra o objetivo constitucional, pois a dialética processual só pode ser vista sob o enfoque da plenitude ou da deficiência gravosa. A nosso ver, existe respeito ao contraditório ou não: impossível meio termo.⁵⁹ Certos julgadores devem compreender de uma vez por todas que o

necessária e juridicamente ao procedimento, por garantia fundamental, o predicado principiológico, balizador e definidor do contraditório.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 51).

⁵⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo*, v. 23, n. 90, p. 99.

⁵⁸ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 134. O professor Brêtas faz alusão ao juiz francês Magnaud, que exerceu suas atividades no final do século 19 e início do século 20 e fez-se conhecido pelo método de conduzir seus julgamentos, baseando-se exclusivamente nas suas próprias convicções, em abandono da lei, da jurisprudência e da doutrina. Sobre o tema, ver GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 45.

⁵⁹ Extraímos da prática um exemplo marcante de ‘contraditório parcial’: na comarca mineira de Contagem, quando os juizes verificam que a parte ré foi citada por edital ou por hora certa e tornou-se revel, abrem vista dos autos para a Defensoria Pública, para que a contestação seja apresentada pelo Curador Especial (art. 9º, CPC). Trata-se de uma exigência legal, significando que o Estado assumiu expressamente a obrigação de amparar os interesses de uma pessoa que poderia ser surpreendida num processo, sem defesa, com possibilidade de formação de um título executivo. O Curador Especial, portanto, visa assegurar o contraditório da pessoa ausente e não da pessoa pobre (já que sua condição financeira é desconhecida). Apesar de procederem à intimação do Defensor Público para apresentação de contestação, caso exista necessidade de produção de prova pericial, os juizes invariavelmente indeferem a diligência, sob o obtuso fundamento de que “*O réu não está sob o pálio da gratuidade e o Estado não tem obrigação de custear pericia para quem é revel citado por edital.*” Em seguida, as sentenças são proferidas, em prejuízo da parte ausente, sob a seguinte motivação: “*Embora a contestação do curador especial tenha tornado controvertidos os fatos, certo é que não restou demonstrada a abusividade dos*

contraditório é princípio que rege o procedimento “e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador.”⁶⁰

4.2 – Decisão-surpresa

Dierle Nunes outrora afirmou que a transferência cada vez maior de poderes para o juiz, em reforço à *postura solitária de proferir decisões*, conduz ao “esvaziamento do papel do contraditório em nosso país.”⁶¹

A constatação do professor Dierle levanta o problema das decisões-surpresa, tão pouco trabalhado pela doutrina nacional e, de forma generalizada, ignorado pelos juízes brasileiros. Trata-se de uma questão processual que há muito vem sendo discutida no Velho Continente e cuja relevância foi percebida pelo legislador europeu. O Código de Processo Civil Português, em seu art. 3º, parágrafo 3º, determina:

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo casos de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.

Na França, o *Nouveau Code de Procedure Civile*, ao tratar do contraditório no art. 16, dispõe que o juiz “não pode reservar para si, na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, que elas próprias não tenham posto em debate contraditoriamente.”

juros e da comissão de permanência, assim como o anatocismo alegado na defesa.” Vemos, com isso, que os juízes de Contagem vivenciam um problema logístico com o qual não conseguem lidar (falta de peritos que trabalhem mediante pagamento pelo Estado de Minas Gerais) e, numa atitude artilosa, cínica e inconstitucional, transferem o ônus para a parte ausente, em desrespeito à lei e à Constituição. Em resumo: na situação narrada, o Curador Especial deve oferecer defesa. Não pode é produzir prova das suas alegações.

⁶⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p. 52.

⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório, p. 46.

E o julgador também “não pode fundar sua decisão sobre meios de direito levantados de ofício, sem ter previamente instado as partes a apresentar suas observações.”⁶²

A expressão ‘decisão-surpresa’ (no direito italiano, ‘*decisione a sorpresa*’) refere-se a uma espécie *inconstitucional* de pronunciamento judicial, embasada em argumento obtido *unilateralmente* pelo juiz, sobre o qual não é concedida a *oportunidade prévia de debate*. Nesse caso, o prolator da decisão surpreende uma ou ambas as partes, pois a elas se antecipa e suscita fundamento inédito, comportando-se como num monólogo, em desprezo à dialética como pilar da racionalidade decisória. Consoante lição de Lebre de Freitas,

a proibição da chamada *decisão-surpresa* tem sobretudo interesse para as questões, de direito material ou de direito processual, de que o tribunal pode conhecer oficiosamente: se nenhuma das partes as tiver suscitado, com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz – ou o relator do tribunal de recurso – que nelas entenda dever basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de manifesta desnecessidade.⁶³

A teratologia decorrente da decisão-surpresa fica evidenciada pela impossibilidade das partes de *exercer influência* na decisão judicial (violação do contraditório), justamente porque o fundamento decisório provém da mente do julgador, órgão que, pela sua posição no processo, nunca pode ser contraditor, mas sim destinatário do contraditório.

⁶² Tradução de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, extraída da obra Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado. *Processo civil reformado*, p. 436. O texto original em francês: “*Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.*”

⁶³ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*, p. 103.

Vemos, com Dierle Nunes, que a leitura moderna do contraditório como garantia *dinâmica* gerou um “dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda.”⁶⁴

Recentemente, o Tribunal da Relação de Coimbra teve a oportunidade de proferir julgamento sobre o tema, destacando a importância do princípio do contraditório:

A garantia do exercício do direito do contraditório, que se encontra plasmado no artº 3º, nº 3, do CPC, visa, como princípio estruturante de todo o nosso processo civil, evitar ‘decisões surpresa’, ou seja, baseadas em fundamentos que não tenham sido previamente considerados pelas partes e, conseqüentemente, reforçar, assim, o direito de defesa. A violação da garantia do exercício desse direito consubstancia uma nulidade de natureza processual.⁶⁵

Observamos que a ‘terceira via’, qual seja, o fundamento novo trazido pelo julgador para sustentar sua decisão, surge quando o juiz detecta nas alegações das partes lacunas instrutórias ou imperfeições formais. Na tentativa de suplementá-las, aproxima-se perigosamente dos litigantes, tornando-se um *partícipe do contraditório*. Giuseppe Tarzia sustenta a necessidade de o juiz

⁶⁴ NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório, p. 46. O autor refere-se ao dever imposto ao magistrado de provocar o ‘*debate preventivo*’ com os litigantes, relativo a todas as questões que possam ser levadas em consideração nos provimentos jurisdicionais. (*Op. cit.*, p. 45). Observa ainda o professor da PUC que o fenômeno cada vez mais recorrente da decisão-surpresa ou decisão *di terza via* tornou-se uma preocupação constante dos juristas europeus e contribuiu para a reforma do Código de Processo Civil austríaco de 2002, o qual estabeleceu proibição expressa, no ‘§182 a’, de decisões de surpresa. (*Op. cit.*, p. 51).

⁶⁵ Apelação nº 2546/06.08TJCBR-B.C1, 2º Juízo Cível, Relator Isaias Pádua, data do acórdão: 3.3.2009, endereço eletrônico <http://www.trc.pt/processocivil>, acesso em 23.05.2009. O Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em acórdão proferido no ano de 2002, decidiu: “Não se duvida que a norma transcrita - nº 3 do artigo 3º, introduzida pela Reforma de 1995/96 - veio ampliar o âmbito tradicional do princípio do contraditório, como garantia de uma discussão dialéctica ou polémica entre as partes no desenvolvimento do processo. O princípio do contraditório, enquanto princípio reitor do processo civil, exige que se dê a cada uma das partes a possibilidade de – ‘deduzir as suas razões (de facto e de direito)’, de ‘oferecer as suas provas’, de ‘controlar as provas do adversário’ e de ‘discretar sobre o valor e resultados de umas e outras’. Pondo o enfoque no plano das questões de direito, a norma proíbe as decisões-surpresa, isto é, as decisões baseadas ‘em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes’. Proibição, pois, das decisões-surpresa, enquanto violadoras do princípio do contraditório, conforme este Supremo Tribunal tem tido oportunidade de decidir.” (Acórdão nº SJ200210150024781, Relator Ferreira Ramos, julgamento em 15.10.2002, disponível em <http://www.stj.pt>, acesso em 17.05.2009).

excluir a terceira via, “já que a paridade das armas é indubitavelmente violada por toda decisão de surpresa, ainda que esta incida somente sobre a individualização das normas aplicáveis ao caso concreto.”⁶⁶

Apesar do perigo de dano que envolve tanto a ‘terceira via’ quanto o ‘saber privado do juiz’⁶⁷, não parece que esses elementos sejam por si mesmos prejudiciais. É plausível que, numa *situação excepcional*, o autor ou o réu (ou ambos) produzam alegações de fato ou de direito insuficientes para fundamentar o julgamento. Nesse caso cabe ao juiz suprir o déficit e julgar, por exemplo, conforme a correta norma de direito que rege o caso, sem descurar da necessidade de “dar a conhecer às partes e com elas discutir as possibilidades de solução do pleito, quer no plano da apreciação da prova, quer no do direito a aplicar (prevenindo assim as decisões-surpresa).”⁶⁸ Em resumo, diante da omissão das partes, nada impede que o julgador invoque elemento novo, desde que o mesmo seja submetido ao amplo debate prévio entre os litigantes.⁶⁹

⁶⁶ TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, v. 26, n. 103, p. 166/167. Tradução livre do trecho: “l’esclusione del giudice della ‘terza via’, giacché la parità delle armi è indubbiamente violata da ogni decisione a sorpresa, anche se questa incida soltanto sull’individuazione delle norme applicabili alla fattispecie.” Em posicionamento semelhante, Ronaldo Brêtas fornece interessante exemplo de decisão-surpresa, quando o juiz decide, inovando “quanto às normas de direito por ele consideradas adequadas à solução do caso reconstruído no processo”, sem oportunizar às partes prévio debate sobre a terceira via por ele utilizada. (As reformas do código de processo civil e o modelo constitucional de processo. *Processo civil reformado*, p. 475).

⁶⁷ O termo ‘saber privado do juiz’ tem aparente origem na obra *Das private wissen des richters*, de 1893, de autoria do alemão Friedrich Stein. Sobre esse ponto, Leo Rosenberg observa que “incumbe às partes, em primeiro lugar, a apresentação das afirmações sobre os fatos que desejam ver consideradas na resolução do tribunal. A contrapartida é que o tribunal está sujeito à exposição dos fatos das partes e não pode introduzir seu próprio conhecimento (o chamado ‘saber privado do juiz’). Somente as partes podem indicar a situação real que serve de fundamento às suas petições (...);” (*Tratado de derecho procesal civil*, t. 1, p. 387). A proibição do saber privado do juiz encontra previsão expressa no art. 7º do Código de Processo Civil Francês, segundo o qual “*Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.*”

⁶⁸ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil*: conceito e princípios gerais à luz do código revisto, p. 152. Para o professor José Lebre de Freitas, “excepcionalmente, o juiz pode introduzir factos principais no processo” e, nesse caso, “o princípio do contraditório exige que ambas as partes se possam pronunciar sobre o exercício desse poder funcional (...).” (*Op. cit.*, p. 98).

⁶⁹ O art. 40 da Lei Federal nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) dispõe que “O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.” § 7º “*Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.*” Na hipótese, portanto, de ocorrência de prescrição intercorrente, deve o juiz, antes de declarar a perda da pretensão, debater com a exequente. Melhor seria que o Código Civil também dispusesse de comando semelhante, ao tratar da prescrição, matéria de conhecimento oficioso (art. 194).

Anima-nos constatar que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais comece a posicionar-se quanto à questão da decisão-surpresa. O Desembargador Eduardo Andrade, apesar de não fazer a ela menção expressa, destacou o ‘*princípio da cooperação*’ como corolário do princípio do contraditório:

Data vênia, o douto Juiz, ao determinar a juntada das cópias das peças processuais relevantes, deveria ter especificado os documentos faltantes, notadamente se considerarmos que o artigo 736 do CPC é genérico ao se referir às peças processuais relevantes que devem ser anexadas aos embargos à execução, sob pena de ofensa ao princípio da colaboração, corolário lógico do princípio do contraditório e que se traduz numa visão cooperativista do processo. Com efeito, o princípio da colaboração entre os sujeitos processuais prevê o dever de auxílio - o Juiz deve auxiliar a parte na superação de eventuais falhas na condução do processo - e o dever de consulta - o Juiz não pode decidir uma questão de direito ou de fato, ainda que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se pronunciarem sobre ela, com a necessária discussão sobre o respectivo tema. Destarte, a cooperação processual, consagrada como princípio exponencial do processo civil, tem como norte propiciar que as partes e o Juiz cooperem entre si, a fim de se alcançar uma prestação jurisdicional efetiva, com a justiça do caso concreto, sendo inconcebível, data vênia, o indeferimento liminar da petição inicial por irregularidade constante da petição inicial, sobre a qual o autor sequer tomou conhecimento.⁷⁰

A nosso ver, somente quando os juristas tomarem consciência da amplitude do princípio do contraditório, entendendo que ele, como ‘*princípio estruturante do Processo Civil*’, não está restrito à técnica da audiência bilateral, estarão aptos a diagnosticar e combater as inúmeras situações práticas em que é proferida decisão-surpresa.⁷¹ Infelizmente constata-se que, diante das recentes

⁷⁰ Apelação cível nº 1.0024.08.993716-3/001, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Eduardo Andrade, julgamento em 02.09.2008, disponível em <http://www.tjmg.jus.br>, acesso em 12.05.2009.

⁷¹ Sem pretensão exauriente, enumeramos algumas situações práticas em que é proferida decisão-surpresa: 1) Inversão do ônus da prova no ato da decisão; 2) Utilização de prova emprestada, colhida sem observância da instrução contraditória; 3) Utilização de ‘sentença emprestada’ para julgar improcedente o pedido do autor (art. 285-A, CPC); 4) Inovação, na decisão, sobre a individualização das normas aplicáveis ao caso concreto; 5) Ausência de intimação do embargado antes de acolher embargos declaratórios com efeito infringente; 6) Extinção do processo, com base em matéria de conhecimento oficioso, sem propiciar contraditório prévio; 7) *Emendatio libeli* no processo penal (art. 383, CPP), através da qual o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha

reformas legislativas, torna-se cada vez mais difícil cogitar em influência decisiva das partes na construção das decisões judiciais.

4.3 – Tendência legislativa de sumarização cognitiva

Andolina observa que o modelo de ‘*processo justo*’ postulado pelas Cartas internacionais e transnacionais remete a um processo organizado conforme regras que se coadunam com as garantias fundamentais, primordialmente a do contraditório.⁷² No Brasil, há uma inversão de valores. A busca pela ‘*jurisdição relâmpago*’ determinou o florescimento da “ideologia da justiça rápida e prodigiosa numa relação de consumo (juiz-parte)”, que “ênfatiza o princípio da celeridade em detrimento à ampla defesa.”⁷³ José Roberto dos Santos Bedaque sintetiza esse entendimento:

Também no que se refere à forma do ato processual e à conseqüente nulidade decorrente da não-observância do modelo, necessário verificar se para o sistema não é admissível outra escolha, mais adequada aos objetivos do próprio processo. Daí o confronto entre dois valores. De um lado, a forma do ato processual, meio pelo qual se garante a liberdade e a participação efetiva das partes, possibilitando o desenvolvimento seguro do processo. O outro valor consiste no próprio resultado previsto para o ato. Em última análise, ao exigir a observância de determinada forma, o legislador pretende assegurar o resultado do ato processual, cuja verificação considera imprescindível à regularidade do processo. Se tivermos de optar entre

de aplicar pena mais grave; 8) Indeferimento da petição inicial, com extinção do processo, sem intimar a parte autora para que a corrija (art. 284, CPC).

⁷² ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, v. 22, n. 87, p. 66.

⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário de acórdão do STF. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, v. 1, p. 73. Calmon de Passos, em interessante passagem de seus *Comentários ao código de processo civil*, afirma que “Pode parecer ridículo, mas insistimos numa coisa que nos preocupa. O Poder Judiciário de nosso país e, por contaminação, o Poder Legislativo, sob o impacto da autoridade (intelectual e funcional) de alguns doutrinadores que se tornaram arautos da celeridade, efetividade, deformalização e tudo o mais, fizeram do réu o objeto de seu ódio. E todos aqueles princípios tão verdadeiros e tão merecedores de atenção e de disciplina, por força dessa deformação cabocla, tornaram-se os carrascos do réu, vitimado para possibilitar relatórios judiciais reveladores de altos índices de produtividade, mortalhas com que são envolvidos os cadáveres das garantias do devido processo legal. E o pior, como apontado, é que aqui se emprestou desvalia ao réu, em detrimento, justamente, do princípio da celeridade. Antes de tudo ser mais rápido e racional se fez mais lento e totalmente irracional.” (*Op. cit.*, p. 239).

esses dois valores, sem sombra de dúvida devemos preferir o último, pois ele incorpora a natureza instrumental do processo.⁷⁴

Ao referir-se ao ‘resultado’ do ato processual, Bedaque desconsidera um detalhe da maior relevância: não existe resultado juridicamente tolerável sob o ponto de vista da rapidez ou da produtividade do juiz. O mecanismo de prestação jurisdicional é extremamente complexo (como tentamos demonstrar neste trabalho) e sustentado por diversos elos que asseguram a racionalidade democrática. A tutela do processo “efetua-se pelo império das previsões constitucionais”, tendo como premissa que “a lei não pode conceber formas que tornem ilusória a concepção de processo consagrada na Constituição.”⁷⁵

A progressiva ‘deformação cabocla’ da legislação processual, por relegar ao segundo plano a garantia do contraditório (v.g. art. 285-A, CPC) e incrementar, de maneira escancarada, os poderes do juiz (v.g. art. 475-A, §3º, CPC), retirou do processo seu maior atributo: a *legitimação procedimental* que decorre da estrutura participativa e assegura a constitucionalidade das decisões judiciais. Os adeptos da efetividade pela rapidez bradam pela punição do recorrente, como se ele fosse um ‘delinquente protetador’, felicitam-se pela supressão de recursos e, principalmente, pelo afastamento do advogado ou defensor público dos atos processuais.⁷⁶

⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 60. Interessante o contraponto apresentado por Elpídio Donizetti Nunes: “A efetividade do processo, como decorrência da celeridade que se pretende imprimir, justificadamente, tem um forte apelo emocional. Isso porque há um fenômeno de massa em todos os segmentos da sociedade. Fala-se em consumo de massa, contrato de massa, comunicação de massa e também, como conseqüência de toda essa massificação, em demandas de massa. Ora, se assim é, e se a justiça constitui fator de paz social, como ela pode desempenhar seu papel senão através de um processo célere e efetivo?” (Jurisdição, judicação e tutela legal na teoria do processo contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord). *Estudos continuados de teoria do processo*, v. 2, p. 235).

⁷⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional, p. 89.

⁷⁶ Judiciosa a observação de Ronaldo Brêtas, para quem “nos processos, qualquer um do povo (parte) tem de estar representado por advogado perante o Estado, representação que traduz direito de cidadania das pessoas, direito a uma defesa técnica, sendo esta a recomendação constitucional, que o misoneísmo dos juízes e tribunais brasileiros, infelizmente, pela sua esmagadora maioria, faz com que seja ignorada.” (*Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p. 70). Na ausência de defesa técnica, as partes não podem reconstruir os fatos que servirão de base para fundamentação da decisão. Fácil perceber que, na realidade dos juizados especiais e do foro trabalhista, a suposta benesse de litigar sem assistência de advogado termina por ser opressora e conferir um indevido poder de ingerência aos magistrados, situação de clara violação do Devido Processo Legal.

O conjunto da obra conduz, consoante Rosemiro Leal, à ‘desprocessualização do Processo Civil’.⁷⁷

Evidencia-se a falácia legislativa nas situações em que se propala o amplo ‘acesso à justiça’ (hipótese do rito sumaríssimo). Tem-se a jurisdição de massa, cuja principal característica é, paradoxalmente, a diminuição da possibilidade de participação popular na construção das decisões, decorrente do encurtamento da atividade cognitiva e da mitigação do contraditório.⁷⁸

5 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

O que garante a legitimidade das decisões, consoante adverte Marcelo Cattoni, “são as garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões.” O professor da PUC destaca também:

(...) por um lado o princípio da certeza requer decisões que podem ser consistentemente tomadas no quadro do Direito vigente; por outro, a pretensão de legitimidade da ordem jurídico-democrática requer decisões consistentes não apenas com o tratamento anterior de casos análogos e com o sistema de normas vigentes, mas pressupõe igualmente que sejam racionalmente fundadas nos fatos da questão, de tal modo que os cidadãos possam aceitá-las como decisões racionais.⁷⁹

⁷⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. *Processo civil reformado*, p. 546.

⁷⁸ Tal configuração de logro coletivo remete à figura do ‘povo-ícone’ de Friedrich Muller, traduzido “naquela imagem de povo que é verbalizada pelos seus representantes e cujas decisões não são atribuíveis ao próprio povo em termos de direito vigente, mas, tão-somente como palavra vã de falsa legitimidade.” (RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa, p. 56).

⁷⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*, p. 80-81. Para André Leal, considera-se racional a decisão “proferida no âmbito de um Direito democrático positivo que se torna auto-referente por sua legitimação discursiva. Uma razão construída compartilhadamente mediante processos legislativos e jurisdicionais adequados que somente tornam racionais as decisões que se fundamentem nas leis democraticamente instituídas e a partir de procedimentos judiciais que assegurem a imparcialidade (colhida da estrutura procedimental, e não como atributo mítico do julgador) na reconstrução compartilhada dos fatos e do próprio Direito aplicável ao caso concreto.” (*O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 107).

A crescente preocupação com a adequação constitucional das decisões judiciais pôs em xeque a validade do art. 131 do Código de Processo Civil, segundo o qual “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.” Ora, se o sentido atual de contraditório passou a ser, conforme ressaltou Lebre de Freitas, a *influência* das partes na decisão, o princípio da ‘livre persuasão racional’ padece de graves defeitos.⁸⁰

O ato judicial de ‘indicar os motivos’ não coíbe por si só a arbitrariedade. Isso porque a decisão pode ser prolatada com base em fato ou circunstância extraída dos autos, porém alheia ao debate entre as partes (como ocorre na decisão-surpresa). Logo, de nada vale a motivação fruto do monólogo.⁸¹ É por isso que André Leal sustenta com veemência que

Ao juiz não seria dado reconhecer a existência de um fato que não foi objeto de prova (entendida, essa, conforme se afirmou, como instituto jurídico garantidor da dialogicidade na reconstrução dos fatos), porque tal lhe tornaria ilegítima a sentença.⁸²

Não é necessário repetir no Brasil a redação do art. 101 da Constituição Italiana para compreender que o juiz exerce a atividade

⁸⁰ Entristece verificar que, mais de uma década após a publicação das lições do professor português, haja julgadores brasileiros sustentando que “Não está o julgador obrigado a atacar todas as questões suscitadas pelas partes, podendo, de forma discricionária (não arbitrária), decidir a lide de acordo com seu livre convencimento. É o chamado princípio da persuasão racional do Magistado, que vigora em nosso ordenamento jurídico-processual. Inteligência dos artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil.” (TJMG, Embargos de declaração nº 1.0134.05.054584-4/002 na apelação cível nº 1.0134.05.054584-4/001, 16ª Câmara Cível, Relator Desembargador Sebastião Pereira de Souza, julgamento em 17.10.2007, disponível em <http://www.tjmg.jus.br>, acesso em 05.06.2009).

⁸¹ Destaca Lúcio Grassi de Gouvêa que “A necessidade de que a decisão seja fruto da colaboração dos intervenientes processuais é muitas vezes ressaltada. Entende-se que não basta que o órgão judicante esteja convencido da exatidão da solução, se tal solução não é obtida de maneira correta e verificável. E a sentença não deve ser aceita somente pela sua natureza de ato imperativo, mas pela sua força intrínseca de persuasão obtida através da colaboração dos protagonistas do processo.” (Cognição Processual Civil: Atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*, p. 207).

⁸² LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*, p. 107.

jurisdicional em nome do povo, porque deve obediência irrestrita à lei e à Constituição.⁸³ A manifestação do poder político, por ser diretamente submetida à vontade popular, é realizada sob

rigorosa disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), só podendo agir o Estado, se e quando chamado a fazê-lo, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação daquele ato imperativo estatal, afastando qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público julgador (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra, fundada no prudente (ou livre) arbítrio ou prudente critério do juiz, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.⁸⁴

É falha a redação do art. 131 do CPC por silenciar quanto à natureza da motivação da sentença. Se forem metajurídicos os motivos invocados pelo juiz (religiosos, filosóficos, éticos, sociais ou mesmo políticos), deslegitimam a decisão, porque abrem espaço para a *argumentação ideológica*, baseada em critério personalista do julgador.⁸⁵ Motivar é submeter a decisão à análise pública de *legalidade e constitucionalidade*.

⁸³ “*Pero la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable ni incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia.*” (Tribunal Constitucional da Espanha, sentença nº 105/2008, Sala Primeira, Juíza María Emilia Casas Baamonde, julgamento em 15.09.2008, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es>, acesso em 28.05.2009).

⁸⁴ CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, n. 13, p. 337-338.

⁸⁵ José Cirilo de Vargas, quando analisa a importância do princípio da reserva legal nas decisões judiciais, faz a seguinte observação: “Em nosso sistema judiciário, proveniente da Revolução Francesa, o juiz, em suas funções judicantes, vincula-se apenas à lei, é seu aplicador por excelência. Acontece que não há um juiz igual a outro. Há juizes que foram policiais ou promotores públicos, trazendo a deformação profissional de ser, em princípio, contra o réu. Há os que estudaram mais e são mais preparados do ponto de vista jurídico. Há os que vieram de classes sociais menos favorecidas e tendem a não apreciar a pessoa do acusado rico e bem posto na vida, razão pela qual se valem do cargo e da lei para compensação de eventuais desvios psicológicos. Há os que tiveram parentes vítimas de crimes atroz e se tornaram partidários de penas altíssimas, quando não, de morte. Há os tolerantes e mansos de espírito, e há os que se comprazem mandando acusados para o cárcere. Há os impetuosos, mas serenos de alma: condenam e depois se arrependem. Há os que estão em boa situação financeira e são mais tolerantes. Há aqueles cujos salários não estão sendo suficientes: interpretam a lei com rancor, contra a situação do acusado. Há juizes julgando crime contra os costumes quando já tiveram filha estuprada. Por fim, há juizes civilizados, e, outros, não.” (*Direitos e garantias individuais no processo penal*, p. 89).

Para o professor Baracho, “Os fundamentos da sentença dirigem-se ao convencimento não só do acusado, mas das partes do processo, demonstrando a correção e justiça da decisão judicial sobre os direitos da cidadania.”⁸⁶ Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira,

No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como ‘rechtsfertiger Staat’, como ‘Estado que se justifica’.⁸⁷

Eduardo Couture observa que o juiz, na pesquisa da verdade, atua como um verdadeiro *historiador*. Pondera, entretanto, que a semelhança entre ambos nunca será perfeita, pois “a prova no processo civil é, como foi lembrado, um meio de controle e não uma investigação da verdade. O juiz não conhece outra verdade além da que as partes lhe tenham comunicado.”⁸⁸ Fundamental a colocação de Couture, pois, ao lidar com o modelo de julgador ‘descobridor da verdade’, esbarra-se num ponto pouco criticado pela doutrina: o mito da ‘verdade real’ (ou ‘primazia da realidade’). Invocando a genialidade do poeta mineiro, Carlos Drummond de Andrade, temos que *não é possível*, através do processo, *atingir toda a verdade*. O que está ao alcance do juiz é apenas a reprodução dos fatos pretéritos transcritos nas alegações das partes (naturalmente tendenciosas) e depurados pelo contraditório.

O julgador que busca a verdade real corre o risco de divagar ao infinito e romper sua posição de terceiro, invadindo o território dos verdadeiros

⁸⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, v. 93, n. 337, p. 109.

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *Temas de direito processual*: segunda série, p. 89. No referido texto, escrito em 1978, Barbosa Moreira registra “a ponderável tendência que se manifesta, mesmo onde não existe regra constitucional expressa, a procurar na sistemática da Lei Maior um suporte para o preceito da motivação obrigatória. Assim é que, na República Federal da Alemanha, doutrina autorizada enxerga na obrigatoriedade da fundamentação reflexo direto de princípios constitucionais, notadamente da garantia do *rechliches Gehör* (direito de ser ouvido em Juízo) e da subordinação do juiz à lei, consagrada aquela no art. 103, 1ª alínea, esta no art. 20, 3ª alínea, da *Grundgesetz*.” (*Op. cit.*, p. 84).

⁸⁸ COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos de direito processual civil*, p. 209-210.

contraditores. Sob a justificativa de alcançá-la, o juiz se legitima a suprir, por si mesmo, a atividade probatória de uma das partes, em favor da tese que lhe pareça mais ‘verdadeira’. Logo, se ele assume desde a fase postulatória uma postura de fingimento, pode fundamentar juridicamente aquilo que obteve baseado em suas próprias convicções.⁸⁹ Parece-nos que a expressão ‘verdade real’, típica do modelo de Estado de Direito Social (que para alguns subsiste)⁹⁰, por representar uma perigosa utopia, deve ser substituída por outra mais adequada à realidade democrática, qual seja, a expressão ‘verdade possível’, esta sim, compatível com o diálogo jurídico.

6 – CONCLUSÕES

À vista de todo o exposto, encerramos este trabalho com algumas observações sobre o tema desenvolvido:

1^a) O *juiz não detém soberania*, pois esta pertence ao povo. Aquele é um agente público que exerce a função ou atividade jurisdicional, por força da lei. O ato de julgar é manifestação do poder político estatal, definido e regido pela Constituição (vontade popular) e simultaneamente limitado pelos direitos e garantias fundamentais, também frutos de normas constitucionais.

2^a) O poder político legitimamente exercido, no Estado Democrático de Direito, se baseia nas regras e princípios estatuídos na Constituição, porque

⁸⁹ A teoria do fingimento dos juízes, de Ronald Dworkin, a partir da qual elaboramos o raciocínio, é trabalhada por Marcelo Cunha de Araújo. *O novo processo constitucional*, p. 30.

⁹⁰ “Embora ao Estado não caiba o exercício do poder nacional em todas as áreas, nem valer-se de todas as fontes de poder, certo é que ele detém o comando global de todas as manifestações deste, justamente em razão da soberania, que o põe a montante de todos os demais pólos de poder. Ele é como sugestivamente foi dito, o ‘gerente nato do bem comum’, e isso se mostra particularmente visível no Estado social contemporâneo, que, negando os postulados do liberalismo, quer ser ‘a providência do seu povo’ (ele vislumbra o bem comum, *sub specie communitatis*).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 106).

ela, como *‘escritura necessária do poder’*, edifica, organiza e limita o Estado, representando a expressão máxima da vontade popular;

3ª) A autoridade da Constituição demanda *preeminência* e, uma vez afastada a supremacia constitucional, o Estado tem liberdade para subjugar qualquer um do povo;

4ª) Para proteger a supremacia constitucional e assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, existe o Processo Constitucional, que possui estreito vínculo com o sistema de controle de constitucionalidade, exercido no Brasil pela via difusa e concentrada;

5ª) É o processo, garantia constitucional regida pelo princípio do contraditório, o *‘mais afinado instrumento democrático’* e é através dele que o povo participa das decisões políticas e concretiza as prerrogativas constitucionais;

6ª) Atualmente não mais se enxerga o contraditório como garantia de audiência bilateral ou direito de defesa. Há *‘noção mais lata de contraditoriedade’*, inerente à efetiva participação e influência das partes na construção das decisões jurisdicionais;

7ª) A crescente valorização da celeridade processual não deve comprometer a elaboração e a qualidade da decisão de mérito, com o consequente desvirtuamento da função jurisdicional;

8ª) O princípio do contraditório e o princípio da motivação das decisões judiciais unem-se inseparavelmente como se fossem *‘irmãos siameses’*,

o primeiro caracterizado pela possibilidade de participação argumentativa das partes, justamente para viabilizar a maturação do provimento jurisdicional;

9ª) Não é compatível com o modelo de Estado Democrático de Direito o princípio da ‘livre persuasão racional’ ou do ‘livre convencimento motivado’, previsto no art. 131 do CPC, porque abre espaço para a construção unilateral de decisões jurisdicionais;

10ª) Decisão de cunho *personalista*, que desconsidera os argumentos produzidos pelas partes, é *inconstitucional* e, a rigor sequer configura pronunciamento jurisdicional, por lhe faltar a legitimidade.

7 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. 4. ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1995.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 22, n. 87, p. 63-69, jul./set. 1997.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 93, n. 337, p. 105-123, jan./mar. 1997.

_____. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3 e 4, p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: *Temas de direito processual: segunda série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Senado Federal e STF: queda e ascensão. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 26 out. 2007. Caderno 1, p. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: FARIA, Juliana Cordeiro de *et al.* (Org.) *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado. In: CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.) *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. A fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 13, p. 333-350, 2007.

_____. Fundamentos do estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 7, n. 13 e 14, p. 150-163, 1º e 2º sem. 2004.

_____. Uma introdução ao estudo do direito político. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 8, p. 107-122, 2002.

_____. As reformas do código de processo civil e o modelo constitucional do processo. In: CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.) *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garantias constitucionais e “giusto processo” (modelos a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Uma morte espiritual. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 maio 1998. Caderno 1, p. 3.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GOUVÊA, Lúcio Grassi de. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário de acórdão do STF. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v. 1, p. 59-78, jan./jun. 2004 (série participativa).

_____. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.) *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

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

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG*, Belo Horizonte, v. 1, p. 39-55, jan./jun. 2004 (série participativa).

NUNES, Elpídio Donizetti. Jurisdição, judicação e tutela legal na teoria do processo contemporâneo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2001. v. 2.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 161-169, 1º e 2º sem. 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

_____. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 17, n. 65, p. 53-68, jan./mar. 2009.

ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. t. 1.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1967. v. 1.

SOARES, Carlos Henrique; SOARES, Gustavo Torres. O processo como pressuposto jurídico de legitimidade decisória. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) *Estudos continuados de teoria do processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 4.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 26, n. 103, p. 156-174, jul./set. 2001.

VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e garantias individuais no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.