

DEVIDO PROCESSO LEGAL: CONTRADITÓRIO (TRINÔMIO INFORMAÇÃO, REAÇÃO E CONSIDERAÇÃO) E O NOVO CPC.

Zulmar Duarte de Oliveira Junior

Advogado. Procurador Geral do Município de Imbituba. Professor do Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE). Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro de Ensino Superior Sul Brasileiro (CESULBRA).

Resumo: O princípio do contraditório assume atualmente nova dimensão, por sua ligação com o princípio da motivação, apresentando uma tríplice configuração, informação, reação e consideração. Em consequência, impõe-se que as manifestações das partes sejam consideradas pelo juiz.

Abstract: The adversarial principle now assumes a new dimension, in connection with the principle of motivation, with a triple configuration, information, reaction and consideration. Consequently it is necessary that the manifestations of the parties are considered by the judge.

Palavras-chave: Princípio do contraditório — Princípio da motivação — manifestação das partes — necessidade de consideração — decisão judicial.

Key-words: Adversarial principle — the principle of motivation — manifestation of the parties — needing for consideration — court ruling.

Sumário: 1. Apresentação. 2. Devido processo legal e alguns consectários. 3. Motivação em perspectiva. 4. Nova dimensão do contraditório (consideração) e o Novo CPC. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Apresentação.

Convém principiar pela lembrança de que o devido processo legal, uma das vigas mestras de nosso Estado Democrático de Direito, tem como ideia-motriz o contraditório¹, verdadeiro penhor de legitimidade² do próprio processo.

¹ Frise-se, para alguns o contraditório é a própria essência do processo: “Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em um ou mais fases, os ‘interessados’, em

Verdade seja, os postulados constitucionais cada vez mais, sobretudo pelo aumento na velocidade no nosso caminhar em direção a força normativa da Constituição, passam a revelar novas facetas, talvez antes eclipsadas.

Ainda, tal desenvolvimento passa pela percepção da existência de interligações, liames, autênticos vasos comunicantes, entre tais postulados, eis que enfeixados pela unidade de fim, isto é, a Carta Magna.

Justamente, o contraditório não ficou infenso a tal transformação, como há pouco diremos, deixando de ser considerado como mero fator de ordem processual, para se assumir como ideia-força do devido processo legal, como dimensão material do provimento jurisdicional³, com profundo reflexo na motivação estruturante deste.

O projeto de Novo Código de Processo Civil (Novo CPC⁴) aceitou a novel roupagem do contraditório, dando-lhe devido tratamento e interseção com o princípio da motivação.

2. Devido processo legal e alguns consectários.

Deve ser posto em primeiro plano, o direito ao devido processo legal foi alçado à condição de fundamental pelo artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

contraditório, colhemos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.” (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33).

² Obra seminal sobre a legitimação pelo procedimento é a de LUHMANN. Todavia, GAJARDONI apresenta interessante desdobramento da teoria, que coincide com o resultado final do presente artigo: “O que a teoria de Luhmann pretende estabelecer, muito mais do que um mero culto ao procedimento, é que só através de as partes têm condições de participar da construção das decisões judiciais, de modo que, na verdade, o que legitima a decisão não é o procedimento, mas sim o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual; de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008. p. 98).

³³ “indicamos como ‘provimentos’ os atos com os quais os órgãos do Estado (...) emanam, cada um no âmbito da própria competência, disposições imperativas” (FAZZALARI, op. cit., p. 32).

⁴ Designaremos o projeto de Novo Código de Processo Civil, tramitando atualmente na Câmara de Deputados tombado pelo número 8046/2010 (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/831805.pdf> Acesso em: 19 abr. 2011) , com a expressão “Novo CPC”, sendo que, em contrapartida, o atual Código de Processo Civil — lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 —, pelo rótulo “Velho CPC”.

Precisamente sobre o devido processo legal, colhe-se a síntese histórica feita por OTHON SIDOU⁵:

A magna Charta inglesa deu-lhe a configuração que as civilizações sucessivas incorporaram. No vetusto pacto de 1215 figura como law of land, e ali está recomposto artigo 29 e no latim tardio da época: ‘Nullus liber homo capiatur vel impressionatur aut dissesetur aut ultragetur aut exuletur (...) nisi per legem iudicium parium suorum, vel per legem terrae.’ Esta a tradução: ‘Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem deportado ou exilado, (...), a não ser em virtude de julgamento legal de seus semelhantes e segundo as leis da terra’.

A substituição da locução ‘leis da terra’ por ‘devido processo legal’, ou ‘igual proteção da lei’, procedeu-se na Constituição dos Estados Unidos, cujas emendas V e XIV se estendem na conceituação do termo, na primeira relacionada apenas com o direito penal.

Todas significam a mesma coisa: processo que é justo e apropriado; que tem emprego adequado àquele dado evento; aquele que é revestido de todas as formalidades legais; em que é respeitado o contraditório entre as partes, no requerer, no falar, no provar, em suma, no ter o querelante o mesmo tratamento dispensado ao adversário.

Na idade Contemporânea, o contraditório, que engloba, por sua definição, todos aqueles direitos das partes em juízo, deixou de ter pousada apenas nos códigos processuais para erguer-se a cânon constitucional. Sua base, portanto, em caráter particularizado, é o pacto fundamental de cada Estado-Nação, e, em caráter genérico, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, via do artigo 10, verbis: ‘Toda pessoa tem direito, em condição de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.’

Hoje, não é mais preciso definir nem pormenorizar o devido processo legal. Tal como o habeas corpus, ele é o que é. A mais recente Constituição do mundo, a da Colômbia, de 1991, prescreve apenas em seu artigo 29: ‘O devido processo legal se aplicará a toda espécie de atuações judiciais e administrativas.’⁶

⁵ O único reparo que deve ser feito a lição de OTHON SIDOU é de que no reinado de Eduardo, na Inglaterra, em 1534, a expressão “lei da terra”, consignada na Magna Charta Libertatum — documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes históricos do constitucionalismo —, foi substituída pela expressão due process of law, ficando o dispositivo redigido nos seguintes termos: “None shall be condemned without trial. Also, that no man, of what state or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law” (Tradução livre: “Ninguém será condenado sem julgamento. Também, nenhum homem, de qualquer estado ou condição que seja, será exilado, nem será preso ou encarcerado, nem deserdado, nem condenado à morte sem que seja trazido para ser responsabilizado de acordo com o procedimento adequado ao direito”). Modernamente, a consagração do devido processo legal em texto positivo se deu através das emendas 5ª e 14ª à Constituição norte-americana. Ainda, as dez primeiras emendas ao texto constitucional americano, designadas comumente como *Bill of Rights*, foram aprovadas em 15 de dezembro de 1791, sendo que estabelecia a 5ª emenda: “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Contudo, no federalismo norte-americano, citado preceptivo somente vinculava o Governo Federal, pelo que, com a aprovação da 14ª emenda, em 21 de julho de 1868, restou estendido aos Estados-membros: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

⁶ SIDOU, Othon. **Processo civil comparado**: (histórico e contemporâneo) à luz do código do processo civil brasileiro, modificado até 1996. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

Conquanto o devido processo legal tenha se afirmando como postulado constitucional, historicamente reconhecido pelos ordenamentos jurídicos ocidentais, não é um valor em si mesmo, gravitando⁷, melhor dizendo, eixo por onde orbitam outros postulados constitucionais, que lhe ratificam, estratificam e depuram. Entre estes satélites se inserem o contraditório e a motivação.

De ver, possibilitando a somatização do comando constitucional, a própria Carta Magna alinhou apanágios do devido processo legal, que compõem sua própria conformação, entre eles, o contraditório e a motivação.

Sobre o contraditório, estatui o artigo 5º, inciso LV, do texto permanente da Constituição da República: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Tangencialmente, a motivação encontra acolhida no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O reconhecimento formal por ato de hierarquia incontestável — Constituição —, impossibilita que tanto o contraditório como a motivação sejam objeto de contraditas por normas de menor envergadura.

CANOTILHO dá relevo as características especiais da Constituição, brilho atrelado a seu processo de criação e hierarquia, pelo que dotada de autoprímazia normativa (i), fonte de produção jurídica (ii) e superioridade normativa (iii).⁸

Portanto, a Constituição assume uma posição verticalmente superior às demais normas jurídicas⁹, que se encontram no mesmo plano horizontal — acordes com sua categoria —, numa forma piramidal, pelo que a Constituição adquire força heterodeterminante.

Uma das conseqüências mais relevantes da natureza das normas constitucionais concebidas como *heterodeterminações positivas e negativas*

⁷ A alegoria sobre astros se justifica pela citação, logo mais, de trecho da obra do professor CANOTILHO, que atribui um brilho incomum a Constituição, como se esta fosse um sol.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional:** e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1111-1112.

⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 680.

das normas hierarquicamente inferiores é a conversão do *direito ordinário* em *direito constitucional concretizado*. Como determinantes negativas, as normas constitucionais desempenham uma *função de limite* relativamente às normas de hierarquia inferior; como determinantes positivas, as normas constitucionais regulam parcialmente o próprio conteúdo das normas inferiores, de forma a poder obter-se não apenas uma compatibilidade formal entre o direito supra-ordenado (normas constitucionais) e infra-ordenado (normas ordinárias, legais, regulamentares), mas também uma verdadeira conformidade material.¹⁰

À vista disso, estabelecendo a Constituição da República a observância do contraditório e impondo a motivação do provimento jurisdicional, resta claro a imperatividade do comando, inclusive pela força normativa da Constituição¹¹.

A Constituição tem uma força própria, que motiva e ordena a vida do Estado, sendo ela própria uma garantia para execução dos seus preceitos, pelo que dotada de pretensão de eficácia.

Ensina HESSE: “A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”¹².

Reafirmo, superada a concepção da existência de normas constitucionais contingentes. O ordenamento jurídico, na estrutura kelseniana¹³, é visualizado do ápice para a base, com num cone, olhamos do vértice (Constituição), visualizando somente o que é apanhado pela circunferência maior, numa perfeita relação com aquele.

Em sendo assim, o exercício do Poder, inclusive o jurisdicional, deve observância ao postulado do contraditório e da motivação, em sua estreita e contínua interdependência (infra), somente se legitimado se galvanizado por atos idôneos.

¹⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1114.

¹¹ “Segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade, das estruturas constitucionais, possibilitam a <atualização> normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.” (CANOTILHO, op. cit., p. 1189).

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição:** (die normative kraft der verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 16.

¹³ “Devido ao caráter dinâmico do direito, uma norma vale porque e até ser produzida através de outra norma, isto é, através de outra determinada norma, representando está fundamento de validade para aquela. A relação entre a norma determinante da produção de outra e a norma produzida de maneira determinada pode ser representada com a imagem espacial do ordenamento superior e inferior. A que determina a produção é mais alta, e a produzida de modo determinado é mais baixa. O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção e, desta forma, a validade de uma reverte para a outra, cuja produção novamente determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente na norma fundamental, na regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito:** introdução à problemática científica do direito. São Paulo: RT, 2001).

3. Motivação em perspectiva

Feito o registro, prosseguimos para averbar, o provimento jurisdicional, por ser um ato de vontade e não de imposição de vontade arbitrária, para ser legítimo, enquanto ato estatal, tem na obrigatoriedade da motivação estofo fundamental.

Assim, o ato jurisdicional, como fruto de labor intelectual, resultado de uma operação complexa de ordem racional, histórica e crítica, que se entrecruzam, por vezes permeado de razões metalógicas (intuição)¹⁴, deve expressar devidamente o porquê das conclusões quanto às questões de direito e de fato postas a apreciação do seu prolator.

Nesta linha de inteligência, qualquer seja a concepção sobre a natureza jurídica da motivação, como exposição histórica, como instrumento de comunicação e fonte de indícios, como discurso judicial ou como atividade crítico-cultural, o certo é que o provimento deve ser motivado¹⁵.

Noutra angulação, não se pode perder de perspectiva, a necessidade da motivação, além do aspecto de índole subjetiva (convencer os litigantes), permite o controle crítico do decisório, isto é, a análise crítica dos horizontes do julgado.

Precisamente, a motivação constitui pressuposto indispensável à sua impugnação, porquanto é impossível para um litigante preparar os fundamentos do recurso, ou mesmo avaliar a necessidade do início do procedimento recursal, prescindindo das razões do provimento do magistrado¹⁶.

¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 14.

¹⁵ Ibidem, p. 11 e seg.

¹⁶ “(...) um critério fundamental deve prevalecer, que é o do dever de motivação como elemento de limitação ao poder do juiz. É inerente à garantia constitucional do devido processo legal a oposição de limites ao poder estatal como um todo, que o juiz exerce sub specie jurisdictionis. Decidir sem fundamentar suficientemente é exercer o poder sem dar atenção às partes e aos órgãos superiores da Magistratura, a quem compete, pela via dos recursos que lhe chegam, examinar os motivos expostos e se pronunciar sobre eles – seja para confirmá-los, seja para repudiá-los. E isso, como chega a ser intuitivo, não só viola as exigências de motivação postas pela lei e pela Constituição, como ainda desconsidera as exigências do due process of law.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2, p. 1080).

Contundente a ilação de CARNELUTTI: “Valor da motivação é muito grande em relação ao rendimento social do processo.”¹⁷

Tangencialmente, nem se diga que a ausência de motivação estaria justificada pelo postulado do livre convencimento do magistrado — persuasão racional —, tendo em linha de conta que não se conferir o arbítrio para silenciar quanto à formação do seu convencimento.

Pelo contrário, justamente pelo magistrado não estar mais atrelado a esquemas fixos de apreciação da prova — prova legal —, impõe-se o dever de externar os motivos de suas decisões.¹⁸¹⁹

Deveras, como bem observa DINAMARCO, a liberdade na formação do convencimento pelo magistrado encontra limite, mesmo racional, na sua obrigação de apresentar a motivação²⁰.

Nesse contexto, põe-se em evidência a questão pertinente a obrigatoriedade da motivação dos provimentos jurisdicionais, que, ao dar expressão concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional do devido processo legal, protege a esfera de individual dos indivíduos.

Não se pode olvidar, o dever de motivação dos atos jurisdicionais é um dos mais transcendentais do direito processual civil, projetando-se, e ao mesmo tempo sendo reflexo, no direito ao contraditório e a ampla defesa, no postulado da imparcialidade e da independência do magistrado, sendo, propriamente, consectário do Estado Democrático de Direito.

Efetivamente, a exigência de motivação das decisões jurisdicionais não tem consequências meramente processuais (endoprocessuais), invadindo a própria seara da política judiciária, inserindo-se como fator de legitimação do exercício do poder jurisdicional (efeito extraprocessual).

¹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**: da estrutura do processo. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2001. v. 4, p. 907.

¹⁸ “a liberdade do juiz no desempenho da atividade jurisdicional, assentada na certeza moral, encontra exatamente na fundamentação o seu preço.” (TUCCI, op. cit., p. 104).

¹⁹ “A necessidade de motivação é indeclinável. Cresce ela à medida que se dá ao juiz qualquer parcela, e mais, de livre apreciação” (MIRANDA, Pontes. **Comentários ao código de processo civil**: tomo II (arts. 46 a 153). 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 410).

²⁰ “No Estado-de-direito, em que o poder se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel a regras procedimentais adequadas (Niklas Luhmann, Elio Fazzalari), é natural que à liberdade de formar livremente seu convencimento no processo corresponda, para o juiz, o dever de motivar suas decisões.” (DINAMARCO, op. cit., p. 1077).

Demais disso, a expressa disposição constitucional sobre a motivação opera em dois planos distintos (negativo/positivo, omissão/ação), ao mesmo tempo em que impede a introdução de norma jurídica desonerando os magistrados do dever de motivar, impõe igualmente a necessidade de motivação de todo e qualquer provimento jurisdicional.

Desenganadamente, a decisão jurisdicional, por maior que seja o prestígio do seu prolator, somente se legitima pela presença e qualidade de fundamentos que lhe animem e arrimem.

A motivação não é parte meramente acessória do ato jurisdicional, constituindo propriamente o seu cimento ou, melhor dizendo, a fundação sobre o qual se assenta — motivação atada à decisão —, pelo que inexistindo aquele o provimento cai por terra.

Dito às claras e às secas, é o primado do Estado que se justifica.

É de se lembrar, como dado histórico, que a motivação dos atos jurisdicionais, como exigência ontológica, tem raiz no direito Espanhol e Português, respectivamente, no *Fuero del Libro* e nas leis gerais do reino²¹.

Mais que isso, constitui uma tradição no nosso processo civil, como dá testemunho o artigo 232 do Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, o artigo 487 da Consolidação das leis do processo civil — Consolidação de Ribas —, e o artigo 280 do Código de Processo Civil de 1939.

Verdade seja, em 31 de março de 1824, o Ministro da Justiça Clemente Ferreira França, exarou decisão nº 78, a qual dispunha:

Desejando S. M. o Imperador que os súbditos deste Imperio comecem desde já a gozar de todas as vantagens promettidas na sabia Constituição, há pouco jurada, e sendo uma das principaes a extirpação dos abusos inveterados no fôro, cuja marcha deve ser precisa, clara, e palpavel a todos os litigantes : Manda o mesmo A. S., pela Secretária de Estado dos Negocios da Justiça, que os Juizes de mór alçada, de qualquer qualidade, natureza, e graduação, declarem nas sentenças que proferirem, circunstanciada e especificamente, as razões e fundamentos das mesmas, e ainda nos agravos chamados de petição, não só por ser isto expressamente determinado no § 7º da Ord. Do Liv. 3º, Tit. 66, como por ser conforme ao liberal systema ora abraçado ; afim de conhecerem as partes as razões, em que fundaram os julgadores as suas decisões ; alcançando por este modo ou o seu socego, ou novas bases para ulteriores recursos, a que se acreditarem com direito. E assim o Manda, pela referida Secretaria de Estado, participar ao Conde Regedor da Casa de Supplicação, ou quem seu cargo servir, para que expeça a este respeito as convenientes ordens. Palácio do Rio de Janeiro em 31 de março de 1824. — Clemente Ferreira França.

²¹ TUCCI, op. cit., p. 43 e seg.

Mesmo porque, parafraseando o artigo 132 do Código de Processo Civil Italiano, as decisões jurisdicionais são pronunciadas em nome do povo brasileiro, razão pela qual devem ser motivadas, inclusive, para que possam ser objeto de controle pelo quiske de populo.

4. Nova dimensão do contraditório (consideração) e o Novo CPC

Necessário se faz ressaltar, o contraditório, em primeira percepção, tinha acepção meramente utilitarista, como fator processual, a impor simplesmente a bilateralidade da audiência.

Noutros termos, pressupõe tão somente a oportunidade dos litigantes serem informados e reagirem contra fatos processuais, do que se cunhou o binômio informação-reação, considerando o primeiro termo absolutamente imprescindível, enquanto o segundo ficava ao alvitre das partes²².

Sem sombra de dúvidas, esta concepção meramente procedimental do contraditório norteou sua recepção em diversos ordenamentos processuais.

À guisa de exemplo, colhe-se a primeira parte do artigo 16 do Código de Processo Civil Francês (*nouveau code de procédure civile*): “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar ele próprio o princípio do contraditório”.

À sua vez, transcreve-se do Código de Processo Civil Português:

o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso 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 manifestarem. (artigo 3º, 3).

Na mesma linha, o Código de Processo Civil italiano:

Princípio do contraditório – Salvo se a lei dispuser outra coisa, o julgador não poderá estatuir sobre nenhuma demanda, se a parte contra a que se propuser não tiver sido citada em regra e não tiver comparecido. (artigo 101).

²² “O contraditório traduz-se no binômio informação-reação, sendo relevante a observação de que a primeira é sempre necessária, sob pena de provocar a nulidade dos atos e termos do processo e tornar ilegítimo o provimento final, e a segunda é apenas possível”. (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: **Garantia constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT. p. 105). Obviamente, muitos já enxergavam na dimensão reação a existência de um dever de consideração, o que não nos impede de assentar sua independência, ainda que em realce de sua importância.

O Código de Processo Civil pátrio vigente é claro: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe: I- assegurar as partes igualdade de tratamento; (...)” (CPC, artigo 125, inciso I).

Ora bem, embora algumas dessas disposições sejam avançadas, mormente ao impedir a cognição de matéria *ex officio* sem a prévia manifestação das partes, ficam aquém no disciplinamento do contraditório, na exata medida em que olvidam sua dimensão material, isto é, a imposição de consideração dos argumentos apresentados.

Fixemos neste ponto, o contraditório atualmente estreita sua relação com a motivação do provimento, emancipando-se da mera condição de ato necessário a sua emanção, para passar a participar ativamente na conformação do provimento jurisdicional.

A manifestação das partes, enquanto expressiva da realização do contraditório, não é mais simplesmente um ato procedimental, compondo também a motivação do provimento, transformando-se num dos itens do epílogo jurisdicional.

Ora bem, não se compraz o contraditório com a mera possibilidade procedimental de apresentação da manifestação antes do provimento jurisdicional, como simples ato processual antecedente.

A questão do contraditório não se resolve pelo momento de sua realização, mera topologia procedimental, mas sim na eficácia da participação, isto é, na real potencialidade de influência no resultado do provimento jurisdicional — contraditório útil, como agudamente consignou GAJARDONI²³.

Reforce-se, o contraditório, além de anteceder, deve ser capaz de ecoar no provimento jurisdicional, na motivação deste, ainda que os argumentos apresentados recebam a tarja da rejeição.

Nesse modo de ver a proposição, o contraditório se estratifica em **informação** — comunicação das partes sobre determinado fato processual —, **reação** — faculdade das partes apresentarem manifestação sobre o fato processual —, e, necessariamente, **consideração**, esta última atrelada à imprescindibilidade do provimento jurisdicional enfrentar os argumentos apresentados pelas partes em sua reação.

Portanto, o contraditório se resolve no trinômio informação/reação/consideração, tudo a impor no desenrolar do procedimento o direito das partes apresentarem

²³ GAJARDONI, op. cit., p. 98.

manifestação sobre elementos que aportem nos autos e, principalmente, verem tais elementos considerados pelo órgão julgador.

Em virtude disso, norteia todo o procedimento o princípio da dialeticidade²⁴, do paralelismo, da paridade de armas, tendo em vista que se veicula pretensão (tese), que é contraposta pela resposta (antítese), donde redunda a decisão (síntese), cujo resultado deve espelhar e refletir o confronto entre a tese e a antítese²⁵.

Neste pensar, o contraditório — esse em seu desdobramento informação-reação-consideração —, deve ser observado em todo e qualquer arco procedimental, ultrapassando o momento inicial de contraposição à demanda, protraindo seus efeitos por todas as fases processuais.²⁶

Aliás, nesse último elemento do trinômio (consideração), verifica-se a ligação do contraditório com o postulado da motivação, no que esta não pode prescindir dos elementos aportados pela manifestação das partes.

Nesse compasso, só uma leitura compreensiva do contraditório, interligando-o com o princípio da motivação, prestigia a dicção constitucional, assegurando sua força normativa.

O contraditório, para ser efetivo, encontra na motivação sua razão última, seu fecho final. Aquele não se compraz mais no binômio informação-reação, mas sim no trinômio informação-reação-consideração. A situação é absolutamente interessante, a dependência do magistrado a iniciativa das partes, no aportar as questões a serem examinadas, persiste na obrigação de lhes dar a devida atenção.

Presente esse elo, só uma leitura conglobante do contraditório com a motivação, donde se extrai a tríplice configuração do primeiro (consideração), prestigia a norma constitucional.

²⁴ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual civil**: estudos sobre o processo civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999. p. 224.

²⁵ “Em uma perspectiva jurídico-política, a garantia do contraditório implica a adoção do método dialético na busca racional da verdade controvertida, visando disciplinar internamente as forças inerentes ao processo com um controle bilateral e recíproco dos riscos e também dos abusos, quanto à utilização dos instrumentos processuais disponíveis a ambas as partes, visando, ao final, a obtenção de uma decisão justa, que, além de resolver o conflito de interesses, possa contribuir para legitimar o exercício da jurisdição perante a sociedade” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 127).

²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: Garantia constitucionais do processo civil, op. cit..

Vale lembrar, presente vontade de constituição, existindo pressupostos realizáveis, sempre se deve primar por calibre exegético que otimize as normas constitucionais — princípio da ótima concretização da norma.

Mais uma vez, transcreve-se o ensinamento de HESSE:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservar provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).²⁷

Demais disso, não pode a hermenêutica²⁸ constitucional, no que desvela o sentido e alcance das normas constitucionais²⁹, ficar alheia a esta nova face do poliédrico conceito do contraditório.

Tanto é assim, que nossa Suprema Corte, confrontando precedentes do direito comparado — ainda que fixados no princípio da pretensão da tutela jurídica (acolhido no artigo 5º, inciso XXXV, de nossa Constituição) —, assentou em precedente de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas

²⁷ HESSE, op. cit., p. 19.

²⁸ Sobre a importância da hermenêutica constitucional, estatui HESSE: “b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominado vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente. Todos os interesses momentâneos — ainda quando realizados — não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que sua observância revela-se incômoda.” (HESSE, op. cit., p. 22).

²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV).³⁰

Transcreve-se, por absolutamente oportuno, excerto do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã — BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte -Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATTIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional — BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, no 97).

Daí porque o projeto de Novo CPC estabeleceu contundentemente:

Art. 476. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório sucinto, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

³⁰ MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.(sublinhamos).

Como se observa no trecho posto em relevo, o Novo CPC pré-exclui a fundamentação de provimento jurisdicional que não examine os argumentos deduzidos no processo, desde que suficientes a ilidir as suas conclusões.

Em palavras mais sinceras, senão diretas, considera-se despida de motivação o provimento jurisdicional que não tenha cotejado os argumentos oportunamente apresentados pelas partes, isto é, que não tenha *considerado* a *reação* resultante da *informação* (contraditório).

Em sendo assim, o Novo CPC conecta o princípio da motivação ao contraditório em sua tríple configuração (informação, reação e consideração), atrelando a validade daquela a observância do último.

Pois bem, o projeto do Novo CPC se adequa perfeitamente as novas exigências do contraditório, notadamente na sua correlação com a motivação, no seu trinômio conformador — informação-reação-consideração —, no que merece nossos encômios.

5. Considerações finais.

Em síntese, um novo olhar constitucional impõe a percepção de que o contraditório sozinho faz pouco, razão porque necessário trazer à luz sua correlação com os demais postulados constitucionais.

Desse verdadeiro amálgama, conclui-se que o contraditório, na sua interpelação com a motivação, assume feição tríple, um trinômio, composta pelos termos informação/reação/consideração.

Não basta, nem muito menos satisfaz, ao contraditório o direito da parte ser informada e reagir frente a determinado fato processual, importante assegurar que sua reação será considerada.

Destarte, anda bem o projeto de Novo CPC ao explicitar tal ligação, estatuidando a necessidade da motivação considerar o resultado do contraditório, sob pena de desvalia do provimento jurisdicional.

6. Referências.

CALAMANDREI, Piero. Direito Processual civil: estudos sobre o processo civil. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional: e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil: da estrutura do processo. Traduzido por Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classicbook, 2001. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 4. ed. revisão e atualização de Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

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

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para estudo do procedimento em matéria processual; de acordo com as recentes reformas do CPC. São Paulo: Atlas, 2008.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição: (die normative kraft der verfassung). Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: RT, 2001

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: Garantia constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1997

MIRANDA, Pontes. Comentários ao código de processo civil: tomo II (arts. 46 a 153). 3. ed. rev. e aument. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: Garantia constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1998.

SIDOU, Othon. Processo civil comparado: (histórico e contemporâneo) à luz do código do processo civil brasileiro, modificado até 1996. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987.

SEGUNDA PARTE

TEMAS GERAIS