

A CONEXÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Débora Carvalho Fioratto¹
Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias²

RESUMO

O presente trabalho tem como eixo central o estudo da conexão existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. Isso porque, depois da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o processo deixa de ser relação jurídica entre as partes e o juiz, em que o autor tem o poder sobre a conduta do réu (direito subjetivo), para ser compreendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais, através da complementaridade entre a Teoria de Fazzalari, a Teoria Constitucionalista e a Teoria de Habermas. Todo processo decorre de um modelo constitucional de processo que se fundamenta em uma base principiológica uníssona, (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) indissociável e co-dependente, que visa ao reconhecimento e à fruição dos direitos fundamentais de forma efetiva.

Palavras-chave: Modelo Constitucional de Processo. Princípio do Contraditório. Princípio da Fundamentação das decisões. Conexão entre princípios.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o contexto se modifica, necessitando que alguns conteúdos jurídicos sejam revisitados para se adequar a concepção de Estado Democrático de Direito. Dentre esses conteúdos, encontra-se o processo, que em decorrência da Teoria Instrumentalista, visivelmente influenciada pela Teoria de Bülow, – processo como relação jurídica entre as partes e o juiz – era definido como um instrumento da jurisdição que tinha como objetivo realizar os escopos metajurídicos e a pacificação social. Esse processo reafirma o solipsismo judicial e admite que o juiz seja o único

¹ Mestranda em Direito Processual pela Puc-Minas; Bolsista da FAPEMIG; Graduada em Direito pela Puc-Minas; Sócia Fundadora e membro do Conselho Deliberativo do IHJ/MG; Graduada em Letras pela UFMG; Advogada.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1988). Professor Adjunto III da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado militante.

intérprete no processo, podendo fundamentar sua decisão em argumentos metajurídicos.

A partir dessa definição de processo, o contraditório é visto como o simples dizer e contra dizer, ou seja, a bilateralidade de audiência e, a fundamentação das decisões se resume a motivar a decisão com argumentos advindos da convicção pessoal e interpretação única e exclusiva do juiz. Não há qualquer relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões, visto que o contraditório estático (aparente) não garante às partes o controle da decisão proferida pelo juiz. Os instrumentalistas, então, passam a defender uma Teoria Geral do Processo fundada nos institutos da Ação, Jurisdição, Processo e Defesa, como se esses institutos fossem os mesmos em qualquer processo, o que não condiz com o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho labora a partir da reconstrução do processo como procedimento em contraditório, que teve como precursor Elio Fazzalari, que muito contribuiu para a ciência processual ao distinguir o processo do procedimento com o atributo do contraditório. O contraditório é, então, compreendido como a participação na construção da decisão, em simétrica paridade de armas, dos afetados pelo pronunciamento do juiz. A contribuição da Teoria Constitucionalista, fez com que o processo passasse a ser garantia constitucional assim como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, por isso, a Constituição Federal de 1988 é um marco, que constitui o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, o contraditório é uma garantia constitucional das partes, de participar na construção da decisão e de exercer o controle da fundamentação das decisões, visto que o juiz deve motivar as decisões através de argumentos jurídicos debatidos pelas partes para que a decisão seja aceitável e racional. Da relação Constituição e Processo, verifica-se a conexão, a co-dependência entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. Com a aprimoração do modelo constitucional de processo, proposto inicialmente por Andolina e Vignera, formula-se uma Teoria Geral do Processo, baseada no modelo constitucional de processo que se funda em uma base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) indissociável e co-dependentes, ou seja, o modelo constitucional do processo seria um esquema geral de princípios presentes em qualquer processo. A violação de um princípio significaria o desrespeito aos demais.

2 MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

O movimento de reforma do processo civil pode ser equiparado ao movimento de um pêndulo: em uma extremidade o liberalismo processual, marcado por um processo essencialmente escrito, conduzido unicamente pela atuação das partes (protagonismo das partes), já que o juiz é um mero espectador, uma figura passiva. Ao passo que no outro extremo encontrava-se a socialização processual, marcada por um processo oral, pela atuação ativa do juiz (protagonismo judicial) e pelo enfraquecimento do papel das partes (NUNES, 2008, p. 27).

O processo civil brasileiro sofreu, desde o Código de Processo Civil de 1939, forte influência de Franz Klein, no âmbito legislativo, e de Bülow, no âmbito doutrinário.

A preocupação em se adotar o sistema oral no Código de Processo Civil de 39, com o intuito de garantir a rapidez do processo civil, se justificava pelo fato de que na Europa essa adaptação já estava ocorrendo, a partir das idéias de Franz Klein³ na legislação austríaca. As idéias de Klein seriam opostas ao liberalismo processual, já que se buscava uma socialização processual, com ênfase na atuação do juiz no processo⁴ e no princípio da oralidade.

Na visão de Klein, os escopos metajurídicos do processo, poderiam levar a uma crise social, necessitando, portanto, de um papel ativo do Estado-juiz. Logo, a legislação austríaca implementava o discurso do protagonismo judicial. “O processo é visto, assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável “instituição estatal de bem estar social”, para a busca da pacificação social” (NUNES, 2008, p. 50). Ao passo que “o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo esta ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a

³ Alcalá-Zamora afirmou em uma conferência na Universidade de Honduras em 1945 que apesar de incompreendida, por parte dos magistrados austríacos, a reforma empreendida por Klein no procedimento civil, ao final do séc. XIX, era genial. “La incompreensión mostrada por um sector considerable de la magistratura austriaca ante la genial reforma operada a fines del siglo XIX em el enjuiciamiento civil por Klein [...]” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 88).

⁴ Segundo Alcalá Zamora, o juiz defendido por Klein era o juiz-diretor, a figura intermediária entre o juiz espectador e o juiz ditador. “me contentaré con afirmar que entre el *juez-espectador* que, por lo visto, añoran, totalmente desarmado e inerte frente a los mayores extravíos de lãs partes, cual si el proceso satisficiese um mero interes privado y no uma altísima finalidad pública, y el *juez-dictador*, que yo también rechazo, existe distancia más que suficiente como para erigir uma figura intermédia de *juez-director* del proceso, que es precisamente la que supo crear Klein en Austria y la que de él adoptó Chiovenda para su prédica reformadora em Italia”(ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 102 – 103).

contribuição do sentimento e experiência do julgador” (LEAL, 2005, p. 44). Visível, portanto, que Dinamarco em sua obra *Instrumentalidade do Processo*, buscou sintetizar as influências estrangeiras no processo civil pátrio, compactando-as em sua teoria do processo, como instrumento da jurisdição, que tem por fim a realização dos escopos metajurídicos e a pacificação social.

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. [...] Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados (DINAMARCO, 2003, p. 181-183).

A problemática advinda com a Teoria da Instrumentalidade do Processo⁵, propagada por Dinamarco, advém da influência estrangeira Bülowiana da concepção de processo como relação jurídica entre as partes e o juiz. Conceber o processo como relação jurídica significa afirmar que uma parte tem direito e a outra, dever de sujeição, já que quem tem direito (sujeito ativo) pode exigir determinada conduta do sujeito passivo (direito subjetivo), devido à existência do “vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos do processo” (GONÇALVES, 1992, p. 98). Entretanto, não se pode afirmar que no processo uma das partes tem o direito de exigir da outra uma determinada conduta.

No processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. 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 ato (GONÇALVES, 1992, p. 98).

Era visível a importância do papel do juiz nessa concepção de processo. As críticas advindas do papel de “*super-parte*” do juiz e da impossibilidade de uma

⁵ As críticas ao instrumentalismo decorrem do processo como instrumento da jurisdição. “Insero no conceito de direito democrático (em sua aplicação ou justificação), o processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos. Não se presta, tão-somente, ao exercício jurisdicional do Estado. Os cidadãos (no processo judicial) ou seus representantes (no processo legislativo) utilizam-no para fim diverso à jurisdição: nesse aspecto, o processo é meio de implementação da democracia, permitindo uma comunidade de intérpretes do direito” (ARAÚJO, 2003, p. 120-121).

relação jurídica entre as partes foram suficientes para a superação desse entendimento de processo.

Elio Fazzalari foi o responsável pela renovação do conceito de procedimento no Direito Processual (GONÇALVES, 1992, p. 105). Segundo Fazzalari, o processo é espécie do gênero procedimento⁶, e o que irá distingui-los é a presença do contraditório.

Importante definir o conceito de procedimento e de processo na Teoria Fazzalariana.

O procedimento, como atividade preparatória do provimento⁷, possuiu sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto (GONÇALVES, 1992, p. 112).

Ao passo que o processo é o procedimento realizado em contraditório entre as partes, que participarão na construção do provimento final. “A estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 119-120), que define o processo. Essa estrutura dialética consiste

[...] na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados (GONÇALVES, 1992, p. 112).

A contribuição de Fazzalari⁸ ao Direito Processual e da teoria procedimentalista de Habermas (1997) na perspectiva do sujeito de direitos (sujeito

⁶ “A obra fazzalariana apresenta nítido marco distintivo entre os institutos processuais do procedimento e do processo, figurando referidos institutos como noções distintas, mas complementares” (LEAL, 2004b, p. 261).

⁷ Brêtas Dias ressalta o demasiado uso da palavra “provimento” como sinônimo de “decisão” pela doutrina brasileira, decorrente da influência italiana. “As decisões, os pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais ou os chamados provimentos, sob a influência da doutrina italiana” Cf. (DIAS, 2004a, p. 85-86).

⁸ “Quando este processualista define o processo como o procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, não concebendo portanto o juiz como único responsável pelo provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido tão *autores* da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua vez, que o sentido da norma jurídica e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação. Portanto, não se pode legitimamente, em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as conseqüências da decisão) na revelação do sentido da Constituição” (GALUPPO, 2003, p. 63).

e destinatário da norma jurídica) elucida as críticas formuladas por Gonçalves ao processo como relação jurídica. O papel do juiz como “*super-parte*” e a relação jurídica entre o sujeito ativo e o sujeito passivo no processo foram importados ao instrumentalismo processual de Dinamarco, portanto, as críticas também se estendem ao instrumentalismo, já que não se poderia pensar em um efetivo contraditório, porque a idéia de contraditório não se fundamenta na simétrica paridade das partes, visto que uma parte tinha o direito e a outra, o dever de sujeição, devido ao vínculo jurídico. O instrumentalismo reforça a atuação do juiz no processo, já que os escopos metajurídicos possibilitam ao juiz fundamentar sua decisão em argumentos metajurídicos, para além da argumentação das partes, reforçando o solipsismo judicial. Logo, o entendimento do processo como instrumento da jurisdição condiz com o Estado Social que tem como objetivo precípuo reforçar o papel dos juizes e enfraquecer a atuação das partes e, conseqüentemente, não se adéqua ao Estado Democrático de Direito.

A compreensão do processo e do papel das partes e do juiz no Estado Democrático de Direito⁹ depende de revisitação crítica e reflexiva do liberalismo e da socialização processual, através do abandono dos equívocos dos respectivos modelos para a busca de um sistema processual, democrático-constitucional. Segundo Oliveira, no Estado Democrático de Direito “a argumentação liberal e a argumentação de bem-estar devem ser considerados reflexiva e criticamente, sob as condições jurídico-processuais, como perspectivas argumentativas concorrentes” (OLIVEIRA, 2004, p. 211) para se efetivar a democratização processual. Logo, verifica-se que a Teoria de Fazzalari se adéqua ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ela é compreendida no papel desempenhado pelas partes, através do contraditório. Deve-se ressaltar, no entanto, que apesar do contraditório distinguir o processo do procedimento, para Fazzalari, o contraditório é a simétrica paridade de armas e, portanto, não é trabalhado na perspectiva de garantia constitucional

⁹ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2006, p.99).

decorrente da relação Constituição¹⁰ e Processo, em que “a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais” (BARACHO, 2008a, p. 11).

Fazzalari, ao distinguir **Processo** e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de **Processo**, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia¹¹. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das **democracias**, o contraditório é **instituto** do Direito Constitucional e não mais uma **qualidade** que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional (LEAL, 2009, p. 83)¹².

Logo, a Teoria de Fazzalari deve ser complementada pela Teoria Constitucionalista¹³, para a compreensão do processo e do contraditório como garantias constitucionais. Como resultado dessa relação entre Constituição e Processo, afirma-se que

[...] o processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exeqüíveis (BARACHO, 1999, p. 90).

Partindo-se da noção de processo como garantia constitucional, apropriando-se dos conceitos de procedimento, processo e contraditório da Teoria de Fazzalari e, da Teoria Procedimentalista de Habermas, é possível pensar em uma Teoria Geral

¹⁰ “A Constituição deve ser entendida como norma dotada de todos elementos necessários à sua aplicação. Sendo norma, ela é de pronta eficácia: não depende da vontade dos Poderes Públicos, até porque não é ela mais uma fôrma do que se concebeu na modernidade como Estado, mas sim algo que está voltado para a própria sociedade” (MEYER, 2003, p. 169).

¹¹ Segundo Brêtas Dias, há distinção entre direitos e garantias fundamentais; “direitos fundamentais são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias fundamentais compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais” (DIAS, 2004a, p. 111). Nesse mesmo sentido, Vargas. “Os direitos individuais são os direitos oponíveis pelo homem ao Estado, visando precipuamente à proteção dos direitos à liberdade, à segurança, à propriedade, à igualdade. As garantias são os instrumentos de efetividade desses direitos. [...] De nada valeriam os direitos fundamentais se o homem não pudesse manejar os remédios cabíveis para garantir-lhes a efetividade” (VARGAS, 1992, p.33-36).

¹² Nesse sentido, Cordeiro Leal afirma que “o contraditório deixa de ser mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de *todos* os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” (LEAL, 2002, p.88).

¹³ “A ligação necessária entre Processo e Constituição resultou em um dos movimentos mais significativos, com repercussão em teses constitucionalistas, que levaram o *Processo* a ocupar o centro das *garantias constitucionais*. [...] Dentro dessa experiência, resultante do movimento constitucionalista, o professor mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho se destaca em estudo pioneiro no Brasil, e no mundo, ao se dedicar a importante pesquisa que demonstrou como o *Processo* passou a se consolidar como garantia constitucional para que não houvesse nenhum prejuízo aos Direitos Fundamentais [...], confirmando, de vez, os princípios de direito processual e a expressão Direito Processual Constitucional” (DEL NEGRI, 2003, p. 101).

do Processo¹⁴ - desvinculada da Teoria Geral do Processo proposta pelos instrumentalistas que se fundamenta nos institutos da jurisdição, da ação, da defesa e do processo que não condiz com o Estado Democrático de Direito –, definida por meio de um modelo constitucional de processo, através de uma base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) que estará presente em qualquer processo constitucional (BARROS, 2008).

O modelo constitucional de processo, que teve como precursor Andolina e Vignera (1997) deve ser compreendido para efetiva apropriação desse modelo para a construção de uma Teoria Geral do Processo fundada em uma base principiológica uníssona (BARROS, 2006).

O modelo constitucional de processo¹⁵ proposto por Andolina e Vignera é marcado pela expansividade, pela variabilidade e pela perfectibilidade, características que integram “um esquema geral de processo”, ou seja, um “modelo único e tipologia plúrima” que significa um único modelo constitucional de processo, que admite pluralidade de procedimentos (procedimento como a sucessão, a seqüência de atos e de fases do processo). À norma processual que permaneça em conformidade com o esquema geral de processo é garantida a sua expansão para microssistemas, característica denominada expansividade. Ao se expandir para um determinado microssistema, a norma processual pode variar, pode assumir forma diversa, em decorrência das especificidades daquele microssistema (variabilidade), logo o modelo constitucional ao definir novos institutos em decorrência do processo legislativo, tende a se aperfeiçoar (perfectibilidade) (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p.9-11).

¹⁴ Em relação ao papel da teoria geral do processo, os instrumentalistas defendem que “é significativo o seu poder de síntese indutiva do significado e diretrizes do direito processual como um sistema de institutos, princípios e normas estruturados para o exercício do *poder* [...]. Teoria Geral do Processo é [...] um *sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual*. (...) No trabalho de síntese que lhe é próprio, ela já chegou a identificar a essência dogmática do direito processual, nos seus *quatro institutos fundamentais* (jurisdição, ação, defesa, processo), traçando o conceito de cada um e, acima de tudo determinando as funções que desempenham no sistema” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2007, p. 68 – 72).

¹⁵ “Ítalo Augusto Andolina, passou a definir, por volta de 1990, uma nova teoria processual denominada “modelo constitucional de processo”, expressão utilizada em consonância com a qualidade jurídica dos princípios processuais expressos na Constituição da República da Itália de 1947” (DEL NEGRI, 2003, p.102).

Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo (BARROS, 2009, p. 335).

O processo como garantia constitucional, advindo de uma interpretação¹⁶ constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito, é marcado pela base principiológica uníssona (esquema geral), ou seja, garantias processuais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, previstas nas normas da Constituição Federal de 1988 (BARROS, 2009, p. 331-345). A Constituição Federal de 1988 desempenha um importante papel¹⁷, visto que torna o processo constitucional e democrático, estabelecendo princípios que constituirão a garantia do devido processo constitucional. É importante ressaltar que

O modelo único e de tipologia plúrima exige que o esquema único de processo ou que a base principiológica uníssona seja garantida, mas que não se retire ou desconsidere as especificidades do referido microssistema, retomando assim as características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, em razão da própria co-dependência entre garantia do processo e direitos fundamentais (BARROS, 2009, p. 335).

Compreendido o processo como garantia constitucional a partir do aperfeiçoamento e apropriação do modelo constitucional de processo¹⁸ proposto para o processo civil italiano por Andolina e Vignera, necessária a análise dessa base principiológica uníssona, caracterizada pela indissociabilidade e pela co-dependência entre os princípios que a constituem. Nesse modelo, cada princípio que

¹⁶ “[...] quando se fala em interpretação conforme a constituição *não se está* falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis *infraconstitucionais*” (SILVA, 2005, p. 132-133). Nesse sentido, Mendes: “ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com seu texto” (MENDES, 1999, p. 349). Ressalta-se que “a “unidade da constituição” enquanto visão orientadora da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como um *arcabouço de normas*” (MÜLLER, 2005, p. 74-75).

¹⁷ “O processo é incessantemente chamado a questionar-se acerca do seu próprio grau de jurisdicionalidade e a adequar-se ao “modelo” previsto pela Constituição” (ANDOLINA, 1997, p. 65).

¹⁸ “O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz” (BARACHO, 2008b, p. 139). Trabalha-se a necessidade de aperfeiçoamento desse modelo visto que o modelo constitucional de processo é um esquema geral para todos os processos e não apenas para o processo civil e, a definição do papel do juiz deve ocorrer através da atuação das partes (comparticipação) Cf. (BARROS, 2009, p. 335).

constitui a base principiológica uníssona guarda singular dependência e conexão com os demais princípios. Logo, a violação ou inobservância de um desses princípios, significa o desrespeito aos demais (BARROS, 2009, p. 331-345).

Insta elucidar que o eixo central do presente trabalho é demonstrar a conexão existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. Logo, de forma sucinta será analisada a conexão existente entre os princípios que constituem o esquema geral de processo, quais sejam: o contraditório, a fundamentação das decisões, a ampla argumentação e o terceiro imparcial.

O contraditório, que para Fazzalari compreende a própria definição de processo, significa o espaço argumentativo em que às partes, em simétrica paridade, será garantida a participação na construção da decisão. A fundamentação das decisões é a garantia de que o juiz, ao decidir, irá fundamentar a sua decisão, utilizando os argumentos dos respectivos legitimados ao “pronunciamento do órgão estatal” (afetados pela decisão). A ampla argumentação é a garantia do tempo necessário para a efetiva construção de argumentos a serem utilizados pelas partes, no processo. A imparcialidade do juiz é definida a partir do desvencilhamento do seu subjetivismo, que decorre dos escopos metajurídicos do processo (BARROS, 2009, p. 331-345).

Se o juiz fundamenta sua decisão em argumentos não-jurídicos, ou em argumentos não utilizados pelas partes, ocorre a violação do princípio da fundamentação da decisão e, conseqüentemente do contraditório, visto que as partes não participaram na construção do processo; da ampla argumentação, já que o tempo processual foi insuficiente para que as partes construíssem de forma efetiva a argumentação a ser utilizada na preparação de sua ampla defesa; do terceiro imparcial, uma vez que ao decidir com base em argumentos pessoais, o juiz passa a ser o único intérprete do direito, reforçando o seu subjetivismo e atingindo a sua imparcialidade. Logo, esses princípios que constituem a base principiológica uníssona são indissociáveis e co-dependentes. Através da fundamentação da decisão, as partes (afetados pela decisão) poderão fiscalizar se o juiz respeitou o contraditório, a ampla argumentação e se ele se manteve imparcial durante o processo. Se esses princípios (garantias do processo) foram respeitados a decisão é aceitável por ser racional e legítima. Essa conexão demonstra que se houver supressão do contraditório, haverá a violação dos demais princípios, pois a decisão será construída somente pelo juiz, fundamentada por argumentos desse único

intérprete (solipsismo judicial) e às partes não será garantida a ampla argumentação, já que elas não precisarão preparar os argumentos para se defenderem de forma ampla uma vez que não construirão a decisão, logo, a fundamentação da decisão também será desrespeitada.

Verifica-se que no Estado Democrático de Direito deve-se buscar um devido processo constitucional, presentes as garantias constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões, que constituem a base principiológica uníssona do modelo constitucional de processo, para que a efetividade do processo¹⁹ não seja fetichizada como justiça rápida²⁰, mas seja compreendida como o respeito às garantias processuais²¹ para o reconhecimento e fruição dos direitos fundamentais.

O processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais²² garante às partes (afetadas pela decisão) o contraditório, como forma de participação em simétrica paridade, na construção da sentença. Portanto, o princípio da

¹⁹ Segundo Leal, a efetividade do processo está intimamente ligada às garantias constitucionais para o reconhecimento e fruição dos direitos. “*Processo*, cuja *efetividade* não se anuncia pela boa ou má qualidade dos serviços jurisdicionais, *mas* pelos condicionamentos de garantias de direitos fundamentais na construção dos procedimentos” (LEAL, 1999, p. 231). Vieira também compreende a dependência mútua entre Direito e Processo, já que este efetiva aquele. “O *Direito* depende do *Processo* (que lhe traz a efetivação), como o Processo depende do Direito (que o informa e lhe dita os trâmites)” Cf. (VIEIRA, 1998, p. 90).

²⁰ “Ainda prevalece na Suprema Corte brasileira a ideologia da justiça rápida e prodigiosa numa relação de consumo (juiz-parte) por via de um “prestação jurisdicional” que só seria efetiva se fosse de pronto-socorro jurídico a uma população reconhecidamente órfã em direitos fundamentais”. Dessa forma trabalha-se “uma Constituição como normas de **promessa** e não estatuto de direitos instituídos e já garantidos (líquidos e certos) no plano constituinte” (LEAL, 2004a, p. 73). Brêtas informa que com a inserção da norma do art. 5º, LXVIII na Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº. 45, “o povo tem não só o direito fundamental à jurisdição, como, também, o direito a que este serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável. Contrapõe-se a este direito o dever do Estado de prestar a jurisdição mediante a garantia de um processo sem dilações indevidas, processos cujos atos sejam realizados naqueles prazos fixados pelo próprio Estado nas normas de direito processual, evitando-se suas “etapas mortas” (DIAS, 2006, p. 655).

²¹ Brêtas Dias já nos adverte que alguma demora processual é inevitável já que advém da garantia dos próprios princípios processuais constitucionais para uma efetiva tutela dos direitos; por isso, entende ser equivocado pensar em uma “jurisdição instantânea” como justificativa para as reformas. “É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada *jurisdição instantânea* ou de uma *jurisdição-relâmpago*, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo” (DIAS, 2007, p. 219).

²² “Os Direitos Fundamentais são os *direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático*. Ao afirmarmos tratar-se dos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpretação entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade” (GALUPPO, 2003, p. 236-237).

fundamentação das decisões deve ser repensado, em conexão com o princípio do contraditório, uma vez que as partes construirão a decisão através de uma efetiva argumentação durante o processo e não mais o juiz, como pensou os instrumentalistas, por meio de sua atuação única e exclusiva no processo. O princípio da fundamentação das decisões no Estado Democrático de Direito, “evita que a sentença seja um produto volitivo subjetivo da inteligência de um único intérprete do ordenamento jurídico e da Constituição, que é o juiz prolator da decisão” (BARROS, 2008, p. 132). Imprescindível, portanto, analisar a conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, para a consolidação do Estado Democrático de Direito²³, advindo com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3 PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Insta, no momento, esclarecer o conceito de “princípio” e a função que desempenha no ordenamento jurídico para *a posteriori* compreender os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões e a conexão existente entre eles.

Os princípios constitucionais são normas jurídicas que norteiam outras normas, ou seja, são os pilares jurídicos que vão dar toda a sustentação para o Direito e que têm como função precípua e mais relevante a de ser fundamento de todo o ordenamento jurídico. “Os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito e, via de consequência, como normas jurídicas, as quais, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico” (DIAS, 2004a, p. 121). Entretanto, é interessante ressaltar que durante muito tempo, a função única e exclusiva que os princípios desempenhavam nos códigos era a

²³ Com o intuito de esclarecer o significado jurídico da expressão “Estado Democrático de Direito”, Brêtas demonstra sua preferência à posição doutrinária que compreende “o Estado de Direito e o Estado Democrático como verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas”. Logo, “a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais” (Cf. DIAS, 2004b, p. 157 – 158).

supletiva, ou seja, a de ser fonte do Direito diante da ausência ou insuficiência da lei²⁴.

Segundo doutrina contemporânea (DIAS, 2004a, p. 121-122) os princípios desempenham três funções de extrema importância ao ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito, a interpretativa, a supletiva e a normativa própria. A função interpretativa²⁵ seria no sentido de que o princípio auxiliaria na interpretação e compreensão do direito, portanto, não seria fonte do direito. A supletiva significaria que o princípio seria utilizado como fonte normativa diante da ausência ou insuficiência de lei (lacunas). Já na normativa própria o princípio seria o fundamento do ordenamento jurídico. “Os princípios estariam na base e constituiriam a razão de todo o sistema jurídico, proporcionando-lhe fundamentação de direito, assumindo, portanto, a posição de normas jurídicas efetivas” (DIAS, 2004a, p. 122). Elucidado a questão do significado e da função dos princípios, passar-se-á, à compreensão dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões.

3.1 Princípio do Contraditório

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou nas normas do art. 5º, LV, o princípio do contraditório como garantia constitucional. No entanto, sabe-se que para a efetivação do processo no Estado Democrático de Direito é necessário implementar as demais garantias processuais constitucionais, que integram o devido processo constitucional e, não apenas o contraditório.

²⁴ “Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios” (BONAVIDES, 2003, p. 294) Para maiores detalhes, conferir a reconstrução da teoria dos princípios feita por BONAVIDES (2003).

²⁵ “Os princípios, em razão de sua abrangência e generalidade e por veicularem valores, influenciam diretamente na interpretação das demais normas/regras, determinando seu conteúdo. Vale dizer que todas as regras devem ser interpretadas em consonância com os princípios, pois são eles que determinam o conteúdo das mesmas, eis que veiculam as aspirações máximas de uma sociedade e seus valores primordiais. Os princípios funcionam como critério de interpretação das demais normas jurídicas. Há, portanto, uma relação de reciprocidade entre os princípios e as regras, que resulta no fato de a constituição ter que ser interpretada de modo sistemático” (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2005, p. 153).

O contraditório desempenha um importante papel, uma vez que garante a participação, em simétrica paridade, da construção da decisão, a todos os afetados por ela. Logo, apesar da tendência do movimento processual ter sido sempre pendular, ora o liberalismo processual e ora a socialização processual, verifica-se que no Estado Democrático de Direito, as partes devem deixar de ser meros espectadores e sujeitos passivos (socialização processual) à espera de uma decisão a ser prolatada pelo único intérprete do Direito e passar a atuar ativamente de forma a influenciar, através dos argumentos, a construção da decisão (NUNES, 2004, p. 40). Essa mudança de perspectiva deve ser dosada, para que não haja um retorno ao liberalismo processual, e, o “conta-gotas” é princípio do contraditório que ao ser compreendido no contexto do Estado Democrático de Direito como garantia constitucional e princípio da influência e da não surpresa pelos processualistas brasileiros, fará com que o processo se estruture de forma adequada à Constituição, definindo o papel das partes e do juiz no processo.

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 o 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 (NUNES, 2004, p. 41).

A crítica formulada à escola instrumentalista de processo decorre desse ativismo judicial e da redução do contraditório ao simples dizer e contradizer das partes²⁶, ou seja, o direito de ação (informar) e de reação. Ao final é o juiz que decidirá unilateralmente, sem levar em consideração a argumentação das partes, já que o contraditório foi apenas uma bilateralidade de audiência e as partes “fingiram” que participaram do processo.

²⁶ “A essência do princípio do contraditório residiria, assim, na garantia da discussão dialética dos fatos da causa. Para tanto, impende estabelecer, no processo, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados pelas partes. A audiência bilateral, que a regra latina já traduzia – “*audiatur et altera pars*” (“seja ouvida também a parte adversa”) -, há de ser assegurada mediante a concessão de vista à parte contrária dos pedidos e alegações formulados pela outra parte, assim como dos documentos que uma delas junte aos autos, a fim de que possa o *ex adverso* refutar os argumentos expendidos ou fazer prova contrária” (MEDINA, 2004, p. 35) .

Comoglio (1998, p. 100-101) distingue a garantia estática (formal) da garantia dinâmica (de aplicação). A estática reforça o perfil estrutural externo: a estabilidade e a aplicação dos princípios ou do direito garantido. Ao passo que as garantias dinâmicas asseguram a efetiva fruição dos direitos garantidos pela Constituição²⁷.

Logo, o contraditório como bilateralidade de audiência define-se como estático, já que apesar da decisão ser construída unicamente pelo juiz, “garantiu-se” o contraditório pela participação aparente das partes. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, deve-se buscar as garantias dinâmicas, para que o processo assegure o reconhecimento e a fruição dos direitos constitucionais (NUNES, 2004, p. 42).

Importante, agora, o estudo de direito comparado Italiano e Francês quanto às normas constitucionais e infraconstitucionais que explicitam o princípio do contraditório, com o objetivo de compará-lo com o direito Brasileiro, buscando-se uma harmonização, compartilhamento ou aproximação possível do princípio, levando-se em consideração os direitos fundamentais como base mínima, a partir da idéia pluralista do mundo (DELMAS-MARTY, 2003).

Em relação ao ordenamento jurídico italiano, no final da década de 90, o texto do §2º do art. 111 da Constituição foi alterado, passando a dispor que “todo processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de juiz terceiro e imparcial” (tradução livre)²⁸. Nessa norma, verifica-se que às partes é garantido o contraditório, em condições de paridade, e não ao juiz (NUNES, 2004, p. 44). Antes dessa inserção no texto constitucional, a garantia da igualdade das partes no processo, em relação ao contraditório e ao direito de defesa era elaborada pela jurisprudência da Corte Européia. Nesse sentido, a Corte continuamente recorda a sentença que define que “o princípio da igualdade de armas (contraditório) – um dos elementos da noção mais ampla de processo justo – exige que à cada parte seja fornecida uma oportunidade razoável para apresentar

²⁷ “Anzitutto, sono garanzie in senso formale o statico quei profili strutturali che rafforzano dall'esterno - ad es., con la rigidità delle norme costituzionali o con la adozione delle c.d. riserve di legge - la stabilità e l'opponibilità dei principi o dei diritti garantiti, nei confronti di qualsiasi potere ordinario dello Stato, nonché la loro tendenziale immutabilità nel tempo. Sono, invece, garanzie in senso attuativo e dinamico quegli strumenti giurisdizionali che siano specificamente previsti - avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale - per assicurare condizioni effettive di godimento a qualsiasi diritto attribuito o riconosciuto da quelle norme fondamentali” (COMOGLIO, 1998, p. 100 – 101).

²⁸ “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”.

seu caso, em condições que não ponha o seu adversário em situação de distinta desvantagem” (TARZIA, 2001, p. 163-164, tradução livre)²⁹.

Ao passo que na legislação Francesa, definiu-se o contraditório como princípio da influência e da não surpresa, devendo o juiz oportunizar o contraditório entre as partes, em relação às questões que serão utilizadas no processo. “Essa concepção atualizada de contraditório foi acolhida pelo art. 16 do novo Código de Processo Civil francês.” (DIAS, 2009, p. 436):

O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório. Ele não pode reter (ou reservar para si), na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, que elas próprias não tenham postos em debate contraditoriamente. Ele não pode fundar sua decisão sobre meios de direito levantados de ofício, sem ter previamente instado as partes a apresentar suas observações (DIAS, 2009, p. 436).

Ao comparar esses ordenamentos com o brasileiro, verifica-se que o princípio do contraditório, apesar de estar previsto na CRFB/88, no art. 5º, inc. LV, é interpretado como o simples dizer e contradizer, sendo apenas uma garantia estática (NUNES, 2004, p. 46).

O que piora ainda mais a situação é a credulidade reformista brasileira que tão somente com o constante reforço de poderes judiciais, com possibilidades cada vez mais recorrentes da prática solitária da decisão, resolver-se-á todas as mazelas de nosso sistema processual. Esta percepção equivocada ao lado de uma negligência ao papel dialógico e problematizante do processo conduz a um esvaziamento do papel do contraditório em nosso país e à redução de sua utilização dentro de uma percepção democrática da aplicação de tutela (NUNES, 2004, p. 46).

Mister, portanto, que o princípio do contraditório seja analisado de forma constitucionalmente adequada, em conformidade com o modelo constitucional de processo, como garantia de influência e de não surpresa. Segundo José Lebre de Freitas, com fundamento na doutrina de Trocker, o princípio do contraditório deve deixar “de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (*apud* DIAS, 2009, p. 436).

²⁹ “que le principe de l’ égalité des armes - l’un des éléments de la notion plus large de procès équitable - requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire” (TARZIA, 2001, p. 163-164).

A decisão surpresa ou de “terceira via” ocorre sempre que a decisão não decorrer do contraditório entre as partes, mas da vontade subjetiva do juiz (NUNES, 2004, p. 51). O princípio do contraditório, portanto, garante que as partes, ao participar na construção da decisão, influenciem através de seus argumentos, a própria sentença³⁰, que ao refletir a argumentação efetivamente debatida entre os legitimados, será legítima e racional.

No quadro do exercício do Poder Jurisdicional, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução *argumentativa* no processo da *situação de aplicação*, e, por outro, da determinação *argumentativa* de qual, entre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto. Mas não só por isso. A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais do discurso de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional (OLIVEIRA, 2000, p. 165).

A garantia efetiva do contraditório como princípio de influência e de não surpresa se projeta na decisão final, tornando-a legítima e aceitável pelas partes, portanto, imprescindível a compreensão do princípio da fundamentação das decisões, para elucidar a conexão existente entre esses princípios.

3.2 Princípio da Fundamentação das Decisões

A norma do art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exige que o princípio da fundamentação das decisões seja observado pelos magistrados em toda e qualquer decisão, sob pena de nulidade.

Art. 93

IX 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³⁰ Segundo Oliveira o processo “é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração da decisão participada” (OLIVEIRA, 2001, p. 198).

O princípio da fundamentação é, portanto, uma garantia constitucional que “desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produzida pela Revolução Francesa, resguarda a sociedade contra o autoritarismo e o arbítrio que se manifestavam em nome da lei” (GONÇALVES, 1992, p. 167). Essa garantia oportuniza o controle das decisões pelas partes, já que ao serem proferidas pelos órgãos jurisdicionais deverão estar fundamentadas em argumentos jurídicos. Essas decisões devem ser o produto da argumentação das partes e não da interpretação única e subjetiva do juiz, sob pena de controle de constitucionalidade e interposição de recursos.

Na atualidade, sempre enfatizado no âmbito do direito processual constitucional, referido princípio impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos decisórios, com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juízes) ao motivarem as decisões proferidas nos processos, quando decidem as questões neles discutidas, permitindo que as partes exerçam um controle de constitucionalidade da função jurisdicional e de qualidade sobre tais decisões, afastando-lhes os erros judiciários, por meio da interposição de recursos (BRÉTAS, 2005, p. 147-161).

Verifica-se a relevância dessa garantia para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Logo, para integral compreensão desse princípio, comparar-se-á sua aplicação no ordenamento jurídico italiano, francês e alemão.

Na Itália, o princípio da motivação tem previsão constitucional e infraconstitucional. A norma constitucional dispõe no art. 111 que “todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados”. Ao passo que a norma do art. 132 do Código de Processo Italiano prescreve aos magistrados, em relação à sentença, “a concisa exposição do desenvolvimento do processo e dos motivos de fato e de direito da decisão” (DIAS, 2005, p. 148).

Já no ordenamento francês, esse princípio não encontra respaldo nas normas constitucionais, tendo previsão somente no art. 455 do Código de Processo Civil francês de 2001, que dispõe que “o julgamento deve ser motivado” (DIAS, 2005, p. 148). No direito alemão, inexistente a positivação constitucional desse princípio. Entretanto, há previsão infraconstitucional no § 313 do Código de Processo Civil de 1877 em que

Vê-se clara a influência do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais no seu enunciado normativo, ao ordenar que a sentença deve incluir, em sua estruturação, os fatos (exposição sucinta das pretensões e dos meios de defesa) e os fundamentos jurídicos (resumo das considerações nas quais se baseia a decisão sob o ponto de vista de fato e de direito), o que traduz o dever legal do órgão jurisdicional de motivá-la (DIAS, 2005, p. 148).

Feita a comparação, constata-se que no direito brasileiro esse princípio tem respaldo constitucional (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988) e infraconstitucional (arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil, art. 381 do Código de Processo Penal e art. 438 do Código de Processo Penal militar), assemelhando-se, portanto, ao ordenamento italiano (BRÊTAS, 2005, p. 149). Necessário, compreender o conteúdo dessa garantia constitucional. O princípio da fundamentação das decisões garante uma decisão fundamentada ou “justificada” através de argumentos jurídicos, não podendo o juiz utilizar argumentos metajurídicos ou suas “convicções pessoais” como se ele fosse o intérprete exclusivo no processo.

A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão (“devido processo legal”), em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional com observância do ordenamento jurídico vigente e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. [...]

No processo, as “razões de justificação (argumentos)” das partes, envolvendo as “razões de discussão (questões)”, produzidas em contraditório, constituirão “base” para as “razões da decisão”, e aí encontraremos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático (DIAS, 2005, p. 153-154).

A co-dependência existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões garante o controle do processo pelos seus legitimados, propiciando um devido processo constitucional no Estado Democrático de Direito.

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

Essa conexão existente entre esses princípios será demonstrada através da análise de uma decisão amplamente conhecida e divulgada pela mídia, qual seja, a decisão do juiz da 1ª Vara Criminal e de Menores da comarca de Sete Lagoas/MG proferida nos autos nº. 0672.06.226.183-5/07, em que o juiz em sua fundamentação, utilizou-se de argumentos religiosos para demonstrar a inconstitucionalidade da matéria da lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, já que somente resguarda a mulher (BARROS, 2008, p. 138).

O tema objeto destes autos é a Lei 11.340/06, conhecida como *Lei Maria da Penha*. Assim, de plano surge-nos a seguinte indagação: devemos fazer um julgamento apenas jurídico ou podemos nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto tem ou não autoridade?

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege – e graças a Deus por isto – Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho Daquele que nos rege. Se isto é verdade, o Evangelho Dele também o é. E se Seu Evangelho – que por via de consequência também nos rege – está inserido num Livro que lhe ratifica a autoridade, todo esse Livro é, no mínimo, digno de credibilidade-filosófica, religiosa, ética e hoje inclusive histórica.

Esta *Lei Maria da Penha* – como posta ou editada – é, portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é antiética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher [...]

Mas à parte dela, e como inclusive já ressaltado, o direito natural, e próprio em cada um destes seres, nos conduz à conclusão bem diversa. Por isso – e na esteira destes raciocínios – dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi homem! [...]

A mulher moderna – dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides – assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino (SETE LAGOAS, 2007).

Para que haja uma aceitabilidade racional da decisão, esta deve se fundar em argumentos jurídicos decorrentes do contraditório entre as partes. O pronunciamento jurisdicional, em análise, demonstra que a argumentação utilizada é meramente religiosa, advinda da convicção do juiz, do seu subjetivismo. “Trata-se a sentença de um monólogo judicial e não de um diálogo entre as partes” (BARROS, 2008, p. 139). Ainda que o juiz tenha fundamentado a decisão, ela não é aceitável, porque não é produto do contraditório, já que as partes não construíram e nem influenciaram na decisão, tornando-se esta uma surpresa aos afetados por ela. A fundamentação das

decisões pressupõe a existência de um contraditório efetivo. Ao passo que o contraditório é pressuposto para uma fundamentação das decisões racional e legítima. A conexão entre esses princípios decorre dessa indissociabilidade.

Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. [...] Ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional. A relação entre estes princípios é vista, ao contrário, em sentido de garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço re-constutivo do caso concreto pelas partes afetadas (BARROS, 2008, p. 135-136).

A sentença proferida pelo juiz em relação à Lei Maria da Penha foi um “ato isolado de inteligência”, como se ele fosse o único intérprete no processo. Verifica-se que nesse processo, o contraditório foi simplesmente a bilateralidade de audiência, o simples dizer e contradizer, sem que a argumentação construída pelas partes seja condicionante para o juiz, no momento de prolatar a decisão. Por isso, as críticas ao instrumentalismo, ao “contraditório estático” e ao subjetivismo do juiz (juiz como “super-parte”), que deve realizar os “escopos metajurídicos” através do processo.

A decisão, objeto de estudo é, portanto, inconstitucional, uma vez que “desconsiderou, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental, [...] logo, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade” (LEAL, 2002, p. 105).

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. Dessa co-dependência, indissociabilidade, decorre a conexão entre esses princípios constitucionais que constituem o devido processo constitucional.

Nessa perspectiva, unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões, como se fossem irmãos siameses, ambos atuando na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada, em concepção renovada de processo, trabalhada a partir da confluência da “teoria discursiva do direito e da democracia” (HABERMAS) com a “teoria do processo como procedimento em contraditório” (FAZZALARI) (DIAS, 2005, p. 155).

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que no Estado Democrático de Direito o processo deve ser compreendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais, assegurada às partes, a participação na construção da decisão em simétrica paridade. Portanto, a efetividade do processo não decorre de uma justiça rápida, mas está intimamente ligada ao respeito às garantias constitucionais que constituem o devido processo constitucional, que propiciarão o reconhecimento e a fruição dos direitos fundamentais.

Pode-se pensar em uma Teoria Geral do Processo através do modelo constitucional de processo, fundada em uma base principiológica uníssona, visto que os princípios do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões estão e devem estar presentes em qualquer processo democrático. Logo, esses princípios são co-dependentes e indissociáveis, visto que a restrição ou a supressão de um deles significa o desrespeito aos demais. Esse esquema geral de processo não significa que as garantias constitucionais são somente essas, pelo contrário, em cada microssistema (processo penal, processo civil, processo trabalho, dentre outros) os demais princípios constitucionais devem ser observados.

É importante ressaltar que apesar do objeto de estudo ser os princípios (garantias constitucionais) do contraditório e da fundamentação das decisões, as demais garantias devem ser efetivadas.

Em relação ao princípio do contraditório conclui-se que ele deve ser compreendido de forma dinâmica, como princípio de influência e de não surpresa, para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Ademais, essa garantia possibilita às partes exercer o controle sobre as decisões proferidas pelo órgão estatal e, verificar a aceitabilidade racional das mesmas, visto que o juiz deve

fundamentar a decisão com base em argumentos jurídicos trazidos a debate pelas partes e não em argumentos metajurídicos ou convicções pessoais.

Ao passo que o princípio da fundamentação das decisões é a garantia constitucional de que todos os pronunciamentos dos órgãos estatais deverão ser fundamentados (justificados) para que a decisão seja racional e legítima. Logo, não serve qualquer fundamento, advindo da interpretação única do juiz, o argumento a ser utilizado para fundamentar a decisão deve ser aquele levado a debate, trazido ao contraditório.

Visível, portanto, a conexão (co-dependência, indissociabilidade) existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. Um é base e pressuposto do outro, ou seja, só haverá uma devida fundamentação das decisões, se tiver havido um devido contraditório. Ao passo que só se comprovará que existiu um efetivo contraditório, se a fundamentação utilizada na sentença, corresponder aos argumentos debatidos pelas partes. As partes, através do contraditório, irão influenciar e construir a decisão juntamente com o juiz, fazendo com que a sentença seja o produto dessa participação. Logo, não existirá decisão surpresa no processo constitucional democrático, já que as partes influenciarão o pronunciamento do órgão estatal de forma a verificar se o juiz cumpriu com o seu dever de fundamentar a decisão com argumentos jurídicos.

ABSTRACT

THE CONNECTION BETWEEN FAIR HEARING PRINCIPLE AND RATIONAL MOTIVATED DECISIONS PRINCIPLE IN THE CONSTRUCTION OF THE STATE OF LAW.

This work has as its central axis the study of the connection between fair hearing principle and the principle of rational motivated decisions. After the promulgation of the Brazil's Federal Constitution in 1988, the procedure can no longer be considered a legal relationship between the plaintiff, the defendant and the judge, in which the plaintiff has the control over the conduct of the defendant (subjective right). From this context on, procedure has to be understood as a constitutional guarantee of fundamental rights, through the complementarities between Fazzalari's theory, Constitutionalist Theory, and Habermas' theory. All procedures are formed from an ideal model of constitutional procedure that is based on the same group of principles, (such as fair hearing, plain defense, impartial tribunal and rational motivated decisions) that are inseparable and co-dependent, in which have as purposes the effective recognition of fundamental rights.

Key-words: An ideal model of constitutional procedure. Fair hearing principle. Principle of rational motivated decisions. Connection between principles.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estúdios de teoria general y historia del proceso (1945-1972)**. Tomo II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1050>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

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

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**: il modello costituzionale del processo civile italiano. Torino: Giappichelli, 1997.

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

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 89-154, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.16, n.62, p.135-200, jan. 2008b.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p.131-148, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. v.1, p. 227-238.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v.1, p. 331-345.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 97-148.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.145-164.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Código do Processo Civil do Brasil (Decreto-Lei nº. 1.608 de 18 de Setembro de 1939)**. Obra de autoria dos Editores Largo do Ouvidor 15. São Paulo: Editora Saraiva e Cia, Editores Largo do Ouvidor 15, 1939. 395p. (Legislação brasileira).

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. Organizador: Yussef Said Cahali. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 10. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Legislação brasileira).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 90, p. 95-150. abr./jun. 1998.

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

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Trad. Fauzi Hassan Chouck. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º sem. 2005.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. In: DIAS, Ronaldo Brêtas C.; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no estado democrático de direito. In: GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. p. 653-663.

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

DIAS, Ronaldo Brêtas C. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13-14, p. 150-163, 1º e 2º sem. 2004b.

DIAS, Ronaldo Brêtas C. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181-183.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.47-65.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.213-238.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático**. 2005. 133f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

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. 2004a.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos continuados de teoria do processo**: volume 5 : a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari. Porto Alegre: Síntese, 2004b.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. São Paulo: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.2, n.3-4, p.229-235, 1º e 2º sem. 1999.

MEDINA, Paulo. **Direito processual constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental no paradigma do estado democrático de direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos: 2003, p. 163-235.

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

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil**. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

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.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

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

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 189-225.

SETE LAGOAS. 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas. **Decisão proferida nos Autos do Inquérito nº. 245.986-6/07**, Sete Lagoas, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p.115-143.

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

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.1, n.1, p.90-107, 1ºsem. 1998.