

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS NA PERSPECTIVA DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

Felipe de Souza Costa Cola*

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer**

RESUMO

O presente artigo aborda o dever de motivação das decisões judiciais na perspectiva da garantia constitucional do contraditório substancial. Parte-se do seguinte problema: nessa perspectiva, está o juiz obrigado a apreciar todos os argumentos trazidos pelas partes? Critica-se a tradicional concepção positivista que negligencia as peculiaridades do caso concreto e segundo a qual a aplicação do direito não é mais que a subsunção de fatos a normas. Adota-se, ao contrário, um modo de pensar tópico, aqui entendido como um modo de pensar no qual se deve partir sempre do problema e do caso concreto em busca da melhor solução. Nessa perspectiva, o juiz assume o desafio de encontrar uma decisão que seja a mais justa para o caso concreto e, ao mesmo tempo, conforme ao Direito. Tal decisão só pode ser encontrada por meio de um processo argumentativo e dialético, que, judicialmente, é ensejado pelo exercício do contraditório. Pode-se dizer, portanto, que a decisão judicial não é fruto de uma mera subsunção de fatos a normas levada a efeito pelo juiz, mas uma construção argumentativa da qual participam todos os três principais sujeitos processuais: autor, juiz e réu. O contraditório substancial não está limitado ao mero direito, conferido ao réu, de responder à demanda; mais que isso, está profundamente relacionado ao princípio democrático e representa a possibilidade concreta de participar da construção argumentativa e dialética do provimento judicial. Assegura-se, portanto, às partes, a possibilidade de efetivamente influenciar na construção desse provimento, o que significa que todos os seus argumentos terão de ser considerados pelo juiz ou tribunal. Por outro lado, o dever de motivação das decisões judiciais representa uma garantia contra arbitrariedades, uma vez que obriga o juiz a explicitar todas as razões que o levaram à decisão proferida.

* Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade Direito de Vitória – FDV, membro do Núcleo Temático “Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos” da Faculdade de Direito de Vitória – FDV e advogado.

** Professora universitária, livre-docente em Administração de Serviços de Saúde – UNIRIO e mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais – FDV.

Sustenta-se, em conclusão, que o juiz está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos trazidos pelas partes.

PALAVRAS-CHAVE: ARGUMENTAÇÃO DIALÉTICA; CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL; DEVER DE MOTIVAÇÃO.

ABSTRACT

The present article concerns the duty of motivation of judicial decisions in the perspective of the constitutional guarantee of substantive contradictory. It starts from the following problem: in this perspective, is the judge obligated to appreciate all the arguments brought by the parties? It is criticized the traditional positivist conception that neglects the particularities of the concrete case and according to which law application is no more than subsumption of facts to norms. It is adopted, in the opposite way, a topical way of thinking, here understood as a way of thinking in which one must always start from the problem and from the concrete case in search for the best solution. In this perspective, the judge assumes the challenge of finding a decision that is the fairest one to the case and, simultaneously, conformable to Law. That decision can only be found by means of a dialectic argumentative process, which, judicially, takes place with the exercise of the contradictory. It is possible to say, therefore, the judicial decision is not the result of mere subsumption of facts to norms carried out by the judge, but an argumentative construction of which all the three main components of the process – plaintiff, judge and defendant – participate. Substantive contradictory is not limited to the mere right, given to the defendant, to answer to the plaintiff's demand; more than that, it is deeply related to the democratic principle and represents the concrete possibility to participate of the dialectic argumentative construction of the jurisdictional decision. Therefore, it is ensured to the parties the possibility to effectively influence in the construction of that decision, which means that all their arguments will have to be considered by the judge or the court. On the other hand, the duty of motivation of judicial decisions represents a guarantee against arbitrariness, since it obligates the judge to clear all the reasons that have taken him to his decision. It is asserted, in conclusion, that the judge has the obligation to expressly appreciate each and every argument brought in by the parties.

KEYWORDS: DIALECTICAL ARGUMENTATION; SUBSTANTIVE CONTRADICTORY; DUTY OF MOTIVATION.

INTRODUÇÃO

Prevalece, hodiernamente, o entendimento de que o juiz ou tribunal, ao apreciar um determinado caso concreto, está obrigado a se pronunciar tão-somente sobre os pedidos formulados pelas partes, não se exigindo que o órgão jurisdicional aprecie, de forma expressa, todos os fundamentos invocados no debate processual¹.

Essa concepção certamente se vincula a uma visão do fenômeno jurídico como simples subsunção de fatos a normas. Ora, admitindo-se que a aplicação do Direito consista pura e simplesmente em estabelecer-se uma correlação entre um fato e uma descrição normativa, realmente não haverá grande importância na apreciação dos fundamentos invocados: bastará que o juiz, ante os fatos que lhe são apresentados, realize o trabalho de subsunção. Essa parece ser a idéia subjacente a brocardos como *da mihi factum dabo tibi jus e jura novit curia*. Uma vez que se identificam os fatos – pensa-se – basta que sejam subsumidos às normas preexistentes; e essa subsunção não há de ser uma tarefa difícil, uma vez que o juiz conhece o Direito.

Todavia, se a obrigatoriedade de o juiz se pronunciar sobre os fundamentos trazidos pelas partes for discutida na perspectiva da garantia constitucional do contraditório e à luz de uma concepção que veja no Direito algo mais que uma adequação matemática de fatos a tipos normativos, a questão já não será tão simples. Pergunta-se, então: à luz do contraditório, tomado em perspectiva substancial, e de uma concepção jurídica que enfatize o caráter argumentativo do Direito, está o juiz ou tribunal obrigado a se manifestar sobre todos os fundamentos apresentados pelas partes?

¹ Esse é o entendimento amplamente majoritário da jurisprudência brasileira. Consultem-se, apenas exemplificativamente, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: REsp 876528/RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 03.12.2007, p. 280; AgRg no REsp 919239/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 03.09.2007, p. 140; REsp 715369/PR, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 11.06.2007, p. 351; REsp n. 792.497/RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 02.05.2006, p. 263; e REsp n. 394.768/DF, Relator Ministro José Delgado, DJ de 01/07/2002, p. 247.

Pretende-se, aqui, oferecer uma resposta a essa questão, evidentemente, sem a pretensão de esgotar o tema.

1 MÉTODO SUBSUNTIVO X TÓPICA JURÍDICA

Até o fim da Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico, que negava a existência de qualquer direito natural, aliado ao positivismo filosófico, que repudiava qualquer filosofia dos valores, formaram a ideologia democrática dominante no Ocidente². Nesse paradigma, a aplicação do Direito se dava a partir de pura e simples subsunção de fatos a normas. Por outro lado, no que se referia à interpretação da lei, reconhecia-se certa liberdade ao aplicador do Direito, que poderia optar entre as várias possibilidades interpretativas admissíveis. Sobre o positivismo de Kelsen, por exemplo, explica Perelman:

(...) De fato, Kelsen reconhece que a indeterminação do âmbito legal no qual o juiz exerce sua atividade fornece-lhe a oportunidade não só de deduzir a solução concreta a partir da regra geral, mas de proceder livremente a uma interpretação da lei, sendo esta resultante de uma escolha exercida por sua vontade: o juiz arremata o traçado que a lei lhe apresenta antes de convertê-la na maior do silogismo judiciário. Mas, procedendo assim, passando da norma geral à decisão judiciária, que constitui uma norma particular, age como administrador público encarregado de uma função, que ele exerce da melhor forma, levando em conta considerações oportunas³.

Portanto, nesse paradigma, o Direito era aplicado de forma silogística: à norma geral contida no ordenamento caberia o lugar da premissa maior; ao fato concreto, o da menor; a decisão judicial final, norma concreta, correspondia à conclusão do silogismo, resultando da subsunção do fato à norma geral. Porém, ao se conferir à norma geral a posição de premissa maior, o juiz realizava uma atividade interpretativa, em que, dentre as várias possíveis interpretações de um texto legal, escolhia a que lhe parecesse mais adequada.

Nesse sistema, portanto, o juiz, na aplicação do Direito, rumava da norma ao fato: a criação da norma concreta pelo provimento jurisdicional se dava sempre por meio de um movimento intelectual em que o julgador, tendo em mente uma norma

² PERELMAN, C. *Lógica Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 91.

³ *Ibid.*, p. 93.

geral, subsumia a ela os fatos envolvidos no caso concreto. Veja-se, a propósito, a seguinte afirmação de Kelsen:

(...) a norma individual criada pela decisão judicial é um estágio de um processo que começa com o estabelecimento da primeira constituição, é continuado pela legislação e pelo costume, e conduz a decisões judiciais. O processo é completado pela execução da sanção individual. (...). O processo através do qual o Direito se recria constantemente vai *do geral e abstrato ao individual e concreto*. Trata-se de um processo de individualização e concretização constante e crescente (destaques nossos)⁴.

Esse movimento da norma ao fato e do geral ao particular certamente autoriza o entendimento de que havia, no paradigma juspositivista, um primado do sistema normativo, em si mesmo considerado, sobre o caso concreto discutido.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, porém, ocasião em que se revelaram ao mundo as atrocidades cometidas pelo regime nazista alemão contra os judeus, surgiu uma forte preocupação com a justiça da ordem jurídica vigente. Percebeu-se que, em um determinado ordenamento, o extermínio em massa de judeus, por exemplo, poderia ser perfeitamente lícito sob uma perspectiva estritamente normativa. A partir dessa constatação, concluiu-se que o modelo positivista do Direito, ao excluir do sistema jurídico sua dimensão valorativa e ao conceber o processo de decisão judicial como mera subsunção, poderia conferir legitimidade a descabros como o triste episódio do Holocausto. A discussão sobre as relações entre Justiça e Direito – há tempos abandonada pelo positivismo – precisava, portanto, ser retomada e o modelo de aplicação do Direito mediante simples subsunção do fato à norma teria de ser repensado.

Nessa esteira, em 1953, foi publicada, na Alemanha, pela primeira vez, a obra *Topik und Jurisprudenz*, de Theodor Viehweg, em que se propunha a aplicação da tópica, uma técnica de pensamento orientada para o problema e desenvolvida a partir da retórica⁵, ao Direito.

O modo de pensar tópico encontra suas origens nos *Tópicos* de Aristóteles, que constituem um tratado dedicado ao estudo da dialética⁶. A proposta do filósofo

⁴ KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 196.

⁵ VIEHWEG, T. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução da 5ª ed. alemã, rev. at., de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 16.

⁶ ALMADA, G. P. de. **Crítica da Razão Dialética em Aristóteles**: introdução ao estudo da sua natureza. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006. p. 50.

grego era a de encontrar uma forma de raciocinar sobre qualquer tema proposto, a partir de premissas o mais prováveis possível; a dialética seria, assim, uma arte ou técnica de argumentação a partir dessas premissas⁷.

E, na argumentação dialética, são utilizados *topoi*, ou seja pontos de vista que, a partir da discussão, possam servir como premissas para uma decisão. O significado e a utilização dos tópicos são assim explicados por Ferraz Júnior:

Os conceitos e as proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, isto é lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões. A tópica, assim, estaria a serviço de *ars disputationis*, caso em que as conclusões a que se chega valem pelo efeito obtido, sendo, pois, mais importante, uma bem feita elaboração das premissas (destaques originais)⁸.

Observe-se que a aplicação da dialética ao Direito não é uma idéia nova. De fato, a dialética aristotélica fora absorvida pelos jurisconsultos romanos, que rotineiramente a empregavam na solução dos casos jurídicos. Explica Villey que a idéia de equidade – oriunda da filosofia de Aristóteles –, a confrontação dialética das opiniões dos grandes juristas e das escolas de jurisprudência e o uso da casuística eram traços marcantes da atividade jurídica em Roma⁹. Acrescenta, ainda, o mesmo autor: “os juristas romanos não temiam tanto se contradizer; eles discutiam, adaptavam as soluções às circunstâncias, a arte deles era a busca incessante, tateante do justo”¹⁰. Utilizava-se, assim, a argumentação dialética na discussão do caso concreto, numa atividade que buscava sempre a solução mais justa para o problema discutido.

É importante sublinhar, aliás, que a dialética aristotélica teve um importante papel no pensamento jurídico e filosófico ocidental até a Idade Média. Todavia, a partir do racionalismo cartesiano, os esquemas de pensamento oriundos da lógica formal e o método matemático passaram a ser privilegiados em detrimento da dialética¹¹. Essa preferência por modelos lógico-formais – dentre os quais, destaca-se o silogismo –

⁷ Ibid., p. 51.

⁸ FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 326.

⁹ VILLEY, M. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 72-73.

¹⁰ Ibid., p. 73.

¹¹ SOUZA, A. C. de. **Contraditório e Revelia: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 53-54

influenciou diversas correntes do pensamento jurídico moderno e contemporâneo e apareceu de forma clara no positivismo. Ainda hoje, é possível identificá-la na idéia de “silogismo judiciário”.

Seja como for, no que se refere à tópica, o mais importante é destacar que está orientada fundamentalmente para o problema¹², o que significa que sua aplicação ao Direito importa em deslocar-se o foco da atenção do sistema para o caso concreto. Em comparação ao método positivista, pode-se afirmar que, com o uso da tópica, o sentido do movimento intelectual levado a efeito pelo juiz é invertido: já não se parte do sistema jurídico em direção aos fatos, mas sim dos fatos em direção às normas, sempre em busca da melhor solução, solução essa que será encontrada mediante um processo argumentativo, dialético.

E uma vez que se parte sempre do problema, pode-se dizer que o raciocínio tópico tem o sentido de uma busca das premissas que ensejarão a melhor solução para o caso concreto. Ou seja: se, no modelo juspositivista, procedia-se de forma lógico-dedutiva, subsumindo-se fatos a normas à maneira de um silogismo, no raciocínio tópico, as premissas são buscadas a partir de uma argumentação dialética sobre o problema. Consulte-se, novamente, Ferraz Júnior:

Quando se fala, hoje, em *tópica* pensa-se, como já dissemos, numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. (...) Assim, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com caráter problemático no sentido de que jamais perdem sua qualidade de tentativa. (...) Os pontos de vista referidos, chamados *loci, topoi*, lugares comuns, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida. Como se trata de *séries* argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um *dado*, como algo que dirige e orienta a argumentação, a qual culmina numa solução *possível entre outras* (destaques originais)¹³.

Nessa esteira, Viehweg estabelece a seguinte distinção entre o modo de pensar tópico e o raciocínio voltado à logicidade formal, característico do positivismo:

(...) É, em realidade, possível de se distinguir uma reflexão que tem em vista a busca de material para pensar, de uma outra que é direcionada, ao invés, à logicidade. É, igualmente claro, que na prática esta última deve se colocar

¹² VIEHWEG, 2008, p. 33.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 328.

após aquela. Considerada deste modo, a tópica é uma meditação pré-lógica, já que, concebida como tarefa, a *inventio* tem caráter primário; a *conclusio*, ao invés, tem caráter secundário. A tópica deve indicar, propriamente, de que modo se encontra a premissa. A lógica aceita a premissa mesma e, elabora-a (destaques originais)¹⁴.

Em vista de tudo o que se expôs, é possível concluir que o raciocínio tópico aplicado ao Direito permite, por meio da argumentação dialética focada no caso concreto, a busca pela solução mais justa. Afasta-se, portanto, a esterilidade do método subsuntivo para valorizar-se a retórica, a argumentação em torno do caso em exame. E, inclusive, ao se buscar a solução mais justa, resgata-se a dimensão valorativa do Direito. Convém, aqui, trazer a lume as seguintes palavras de Perelman:

(...) a solução justa da lide não é simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme à lei, isto é, legal. (...) são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente. Mas esse caráter adequado não será determinado segundo critérios subjetivos, ao modo do presidente Magnaud¹⁵, mas de uma maneira intersubjetiva, na medida em que corresponde às preocupações do meio que a deve aceitar.¹⁶

Dessarte, se, por um lado, a tópica permite a busca pela solução justa para o caso concreto, não há nisto razão para se supor que a justiça do caso corresponda às puras impressões subjetivas do julgador, já que a ele se impõe a tarefa de buscar uma solução que, além de moral e socialmente aceitável, se revele conforme ao ordenamento jurídico vigente. Nesse sentido, conclui Perelman que a tarefa que o juiz se impõe é a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito¹⁷.

E o melhor meio para se encontrar a decisão mais justa para o caso bem como para se exercer um adequado controle sobre a possível arbitrariedade do juiz

¹⁴ VIEHWEG, 2008, p. 41.

¹⁵ Perelman refere-se aqui ao juiz Paul Magnaud, que presidiu, de 1889 a 1904, o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry, na França e tornou-se célebre, em sua época, pelo fato de, em seus julgamentos, pouco se importar com a lei, a doutrina e a jurisprudência, agindo, ao contrário, como se fosse a própria encarnação do Direito. Suas decisões, portanto, decorriam de sua pura subjetividade (PERELMAN, 2004, p. 97).

¹⁶ Ibid., p. 114.

¹⁷ PERELMAN, 2004, p. 114-115.

consubstancia-se no pleno exercício da garantia constitucional do contraditório substancial e no dever de motivação das decisões.

2 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

Como visto acima, o uso da tópica permite a busca pela solução mais justa para o caso concreto, mas é necessário que tal decisão se mostre, a um só tempo, moral e socialmente aceitável e conforme ao Direito. Para que se atinja essa decisão, na tópica, parte-se do problema em busca de premissas. E o caminho que leva a essa decisão é, como já visto, a argumentação dialética.

Pois bem: o diálogo, no processo, se dá a partir do exercício do *contraditório*, o qual, na ordem jurídica brasileira, encontra assento no art. 5º, LV, da Constituição¹⁸. O *princípio do contraditório* é assim explicado por Cintra, Grinover e Dinamarco:

O princípio do contraditório também indica uma garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição de justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder que a doutrina moderna o considera inerente à própria noção de processo. (...) O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a oportunidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma das parcialidades das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. (destaques nossos)¹⁹.

A explicação acima enfatiza bem o caráter *dialético* do processo, caráter esse que se manifesta por meio do exercício do contraditório. E esse caráter dialético do processo se desenvolve mediante a atividade argumentativa. Nesse sentido, explica Souza que a integração estrutural dos elementos participativos do processo jurisdicional se estabelece mediante uma atividade argumentativa desenvolvida pelas partes (autor e

¹⁸ Reza o dispositivo: “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”.

¹⁹ GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 55.

réu, requerente e requerido), no sentido de perfectibilizarem no espírito do julgador uma adesão consciente e segura²⁰.

Por outro lado, o contraditório está intrinsecamente relacionado ao princípio democrático, sediado no art. 1º da Constituição Federal²¹. É certo que esse princípio apresenta diversas manifestações, mas, aqui, interessa destacar o fato de que ele importa em uma possibilidade de participação no exercício do poder, por meio de *inputs* democráticos, como observa Canotilho:

(...) o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar dos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* democráticos (destaques originais)²².

Não há como se negar que o processo judicial está sujeito ao princípio democrático. Especificamente no que se refere aos provimentos jurisdicionais, estes, como atos estatais que são, obviamente se sujeitam a esse princípio. Por essa razão, os provimentos jurisdicionais, que produzirão efeitos sobre as partes no processo, não devem ser vistos apenas unilateralmente, como emanações do Estado-juiz; ao revés, sua legitimidade deve estar escorada em verdadeiros *inputs* democráticos, que, no processo, decorrem da argumentação deduzida em juízo. E a atividade argumentativa, no processo, dá-se por meio do *contraditório*, de forma dialética.

Ressalta Souza que o princípio democrático reclama efetiva participação do povo, titular da soberania, no exercício do poder, sendo que o contraditório corresponde à concretização dessa participação no desenvolvimento da relação jurídica processual²³. E o contraditório, uma vez que representa uma exteriorização do princípio democrático, assegurando a efetiva intervenção dos sujeitos processuais no exercício do poder jurisdicional, assume, para o jurisdicionado, um caráter de garantia, sendo essa a razão

²⁰ SOUZA, de, 2003, p. 107.

²¹ Preceitua o mencionado dispositivo: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* (...)” (destaques nossos).

²² CANOTILHO, J. J. G.. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 282.

²³ SOUZA, 2003, p. 136.

para sua inserção, na Carta Magna, entre os direitos e garantias fundamentais, e não no capítulo dos princípios fundamentais²⁴.

Por todo o exposto, verifica-se que o contraditório se reveste de uma autêntica função legitimadora da jurisdição estatal: o contraditório democratiza o processo e confere legitimidade ao provimento jurisdicional exarado. Mais que uma simples possibilidade formal de participação no feito, o contraditório garante ao jurisdicionado uma efetiva possibilidade de colaborar na construção argumentativa e dialética da solução mais justa a ser dada para o caso concreto. Essa é a razão pela qual se enfatiza, aqui, o caráter *substancial* do contraditório, o que afasta a concepção aqui defendida de uma visão puramente formal dessa garantia constitucional.

O contraditório substancial não se confunde, assim, com a mera possibilidade conferida ao réu de apresentar uma resposta²⁵. Em primeiro lugar, porque, mais que isso, ele representa a possibilidade efetiva de participação democrática, mediante argumentação dialética, no processo de construção do provimento jurisdicional. Em segundo lugar, porque, uma vez considerada essa dimensão da participação argumentativa e dialética na construção do provimento, *todos* os três principais sujeitos da relação processual – e não apenas o réu – estão sujeitos ao contraditório. O contraditório substancial, portanto, garante que todos os argumentos suscitados no debate processual serão efetivamente tomados em consideração quando da elaboração do provimento final. Nesse sentido, afirma Souza:

O contraditório é a garantia de que todas as argumentações externadas pelas partes serão inseridas no processo e, acima de tudo, serão motivo de análise e de convencimento pelo julgador, permitindo que no processo se desenvolvam fato, valor e norma, na sua dinamicidade estrutural, visando sempre à concretização de um ordenamento jurídico mais consubstanciado com a realidade axiológica inserta em uma determinada comunidade²⁶.

²⁴ SOUZA, 2003, p. 137.

²⁵ Theodoro Júnior, por exemplo, parece seguir esse entendimento, uma vez que explica o contraditório nos seguintes termos: “(...) o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na possibilidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo. Não há privilégios de qualquer sorte” (THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 24).

²⁶ SOUZA, 2003, p. 107.

3 O DEVER DE MOTIVAÇÃO E A COMPLETUDE ARGUMENTATIVA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

Como corolário do princípio democrático e do contraditório substancial, surge o *dever de motivação* das decisões judiciais, inserto no art. 93, IX, da Constituição Federal²⁷: as decisões judiciais devem ser devidamente fundamentadas, devendo o juiz ou tribunal explicitar, de forma clara e expressa, as razões de seu convencimento.

Explica Zaneti Júnior que, na perspectiva de uma concepção democrática da atividade jurisdicional, o correto exercício do Poder Judiciário depende de se permitir a controlabilidade externa e difusa sobre a justiça e a legalidade de suas decisões, o que só ocorre se obedecido, em sua fórmula mínima, o princípio da motivação²⁸.

Com efeito, o dever de motivação representa para o cidadão a possibilidade de exercer um efetivo controle sobre a atividade jurisdicional, verificando quais os fundamentos utilizados pelo julgador na elaboração final da decisão. Por isso mesmo, o dever de motivação vem atender a uma exigência de *segurança jurídica*, impedindo-se que os provimentos jurisdicionais sejam fruto de mero arbítrio do juiz. Assim, se, por um lado, o contraditório substancial permite a construção democrática, argumentativa e dialética da solução mais justa para o caso concreto, o dever de motivação obriga o juiz a explicitar as razões de seu convencimento, de modo a vedar-lhe o arbítrio. Destarte, contraditório e dever de motivação se complementam mutuamente, permitindo o simultâneo atendimento às exigências da decisão mais justa para o caso e da segurança jurídica. Assim, a um só tempo, poderá a decisão ser justa e conforme ao direito, o que foi destacado anteriormente como necessário (item “1” *supra*).

Surge, aqui, uma importantíssima conclusão: se, por um lado, o contraditório substancial confere às partes o direito de participar argumentativa e dialeticamente da construção do provimento final, de modo que os argumentos por elas apresentados sejam efetivamente levados em consideração pelo órgão jurisdicional, e, por outro, está esse órgão obrigado a explicitar os fundamentos que formaram seu

²⁷Reza o referido dispositivo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões (...)” (destaques nossos).

²⁸ZANETI JÚNIOR, H. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 183.

convencimento, então, necessariamente, deverá o juiz ou tribunal manifestar-se expressamente sobre cada um dos fundamentos elencados pelas partes no processo.

Dessarte, revela-se manifestamente inconstitucional o entendimento majoritário esposado pelos tribunais brasileiros quando afirmam que o órgão jurisdicional não está obrigado a se pronunciar sobre os fundamentos apresentados. Esse entendimento contradiz, a um só tempo, os seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º (princípio democrático), art. 5º, LV (garantia do contraditório substancial) e art. 93, IX (dever de motivação das decisões judiciais).

Ora, esse entendimento dos tribunais pátrios somente se justificaria dentro do modelo positivista, em que a aplicação do direito decorre de mero procedimento intelectual subsuntivo. Mas, uma vez superada essa concepção absolutamente arcaica e concebendo-se o processo na perspectiva de sua natureza dialética e argumentativa, bem como sob a luz do princípio democrático e do contraditório substancial, conclui-se que essa posição de nossos tribunais é manifestamente insustentável.

Como se pode perceber, a concepção aqui esposada vem relativizar os tradicionais brocardos *da mihi factum dabo tibi jus* e *jura novit curia*, uma vez que, no processo, o *jus* não é um dado pronto e acabado, ao qual simplesmente é subsumido o *factum*; ao contrário, o *jus*, aqui entendido como a solução mais justa conforme ao direito para o caso concreto é construído dialeticamente em contraditório, devendo o órgão jurisdicional apreciar expressamente cada um dos fundamentos alegados pelas partes.

É flagrantemente inconstitucional, portanto, a decisão judicial que deixa de apreciar fundamentos alegados pelas partes. Ocorre que, segundo aqui se entende, exige-se das decisões judiciais, em decorrência dos preceitos constitucionais citados, o atendimento ao requisito a que Spadoni denominou *completude justificatória* – e que aqui se prefere chamar de *completude argumentativa* –, requisito esse assim explicado:

Devem ser justificadas *todas as “escolhas” que conduziram o juiz a uma determinada solução das questões que lhe foram apresentadas*. Assim, não pode o magistrado limitar-se a afirmar a aplicabilidade ou não de determinada norma ao caso concreto, ou, simplesmente, asseverar que tais ou quais fatos suscitados pelas partes são falsos ou verdadeiros, foram ou não provados, sem que demonstre as razões pelas quais assim entendeu. Não pode o magistrado invocar, simplesmente – e como é bastante comum, entendimento sedimentado nos tribunais, ou mesmo súmula, ainda que vinculante – (sic), e aplicá-lo ao caso que julga, sem que antes diga o porquê

do não-acolhimento dos argumentos relacionados pelas partes e o porquê da aplicabilidade da jurisprudência invocada ao caso concreto. No dizer de Miguel Reale, é “a razão dessa opção que constitui propriamente o fundamento do decidido”. Deve a decisão revelar todo o contexto de sua justificação. Em tal contexto revelado devem estar presentes, necessariamente, o enfrentamento e a decisão de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes e que são relevantes para aferir a correção do julgamento. Ainda, e considerando que o juiz, no direito brasileiro, pode proferir decisão com base em argumentos jurídicos diferentes daqueles constantes nas defesas das partes, deve ele também demonstrar o porquê do afastamento destes fundamentos invocados e o porquê da aplicação de outro distinto dos que lhe foram apresentados (destaques originais)²⁹⁻³⁰.

O órgão jurisdicional, portanto, deve explicitar todo o contexto de sua decisão, sendo que, nessa explicitação, devem, necessariamente, ser apreciados todos os fundamentos trazidos pelas partes ao processo, para que a decisão seja dotada de *completude argumentativa*. Prefere-se, aqui, falar em completude *argumentativa* do provimento judicial, e não em completude *justificatória*: quer-se, com isso, enfatizar o aspecto argumentativo e dialético do processo e que abrange o próprio provimento jurisdicional. Ocorre que, uma vez que os três principais sujeitos processuais estão inseridos numa relação dialética, a própria decisão judicial – e não apenas as manifestações das partes – apresenta um caráter argumentativo e dialógico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de aplicação do Direito baseado na pura e simples subsunção de fatos a normas, à maneira de um silogismo já não se mostra adequado nos tempos atuais, em que o Direito é pensado, sobretudo, à luz do caso concreto. Nessa esteira, adotou-se, no presente trabalho, a *tópica jurídica*, que parte sempre do problema concreto rumo à solução mais justa para o problema nele contido. Essa melhor solução é

²⁹ SPADONI, J. F. A Função Constitucional dos Embargos de Declaração. In: NERY JÚNIOR, N. WAMBIER, T. A. A. (Coords.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8. p. 238.

³⁰ Faz-se aqui, porém, uma ressalva, uma vez que o autor entende possível a decisão com base em fundamentos distintos dos invocados pelas partes: ora, se o contraditório substancial importa em efetiva possibilidade de participação dialética dos três sujeitos principais do processo – autor, Estado-juiz e réu – na construção do provimento final, parece mais adequado concluir que o juiz, ao constatar a possibilidade de julgar conforme fundamento diverso daqueles que estão sendo discutidos, deve abrir às partes a possibilidade de exercício do contraditório também quanto a esse novo fundamento, para, somente então, proferir sua decisão. O tema, porém, merece um estudo mais aprofundado, que foge aos escopos deste artigo.

sempre encontrada a partir de um processo argumentativo e dialético, que, no processo, ocorre por meio do *contraditório*.

O contraditório, portanto, não pode ser visto numa perspectiva puramente formal, como significando apenas a possibilidade de o réu responder à demanda. Ao contrário, o contraditório deve ser visto em seu aspecto *substancial*, de forma intrinsecamente ligada ao *princípio democrático*, de modo a garantir às partes o direito de efetivamente colaborar na construção do provimento jurisdicional. E, como corolário do princípio democrático e do contraditório substancial, tem-se o *dever de motivação das decisões judiciais*, que possibilita o atendimento simultâneo às exigências da *decisão mais justa* e da *segurança jurídica*.

A partir dessas constatações, não é difícil se verificar que, se, por um lado, é garantida às partes a possibilidade de participar, de forma argumentativa e dialética, da construção do provimento jurisdicional, de modo que a argumentação apresentada *efetivamente influa* na decisão a ser proferida e, por outro, se o órgão jurisdicional tem o dever de explicitar todas as razões que motivaram sua decisão, *este está obrigado a apreciar expressamente todos os fundamentos trazidos pelas partes*. Se não atendida essa exigência – aqui denominada *completude argumentativa dos provimentos jurisdicionais* – a decisão proferida será inevitavelmente inconstitucional, por violação do princípio democrático (art. 1º da Carta Magna), do contraditório substancial (art. 5º, LV, da Constituição) e do dever de motivação (art. 93, IX, da Lei Maior).

Espera-se que este trabalho seja recebido como uma provocação à reflexão sobre o tema proposto e, quiçá, como chamamento a uma valorização da democracia e do contraditório substancial nos estudos e na prática do Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Gonçalo Portocarrero de. **Crítica da Razão Dialética em Aristóteles**: introdução ao estudo da sua natureza. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GRINOVER, A. P.; CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SOUZA, Artur César de. **Contraditório e Revelia**: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SPADONI, Joaquim Felipe. A Função Constitucional dos Embargos de Declaração. In: NERY JÚNIOR, Nelson. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8. p. 231-257.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução da 5ª ed. alemã, rev. at., de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.