

A Garantia do Contraditório

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor Titular de Direito Processual Civil da UFRGS

“Une idée forte communique un peu de sa force au contradicteur. Participant à la valeur universelle des esprits, elle s’insère, se greffe en l’esprit de celui qu’elle réfute, au milieu d’idées adjacentes, à l’aide desquelles, reprenant quelque avantage, il la complète, la rectifie; si bien que la sentence finale est en quelque sorte l’oeuvre de deux personnes qui discutaient.”

Marcel Proust, A l’ombre des jeunes filles en fleurs, p. 128.

1. O direito processual, como fenômeno cultural, produto exclusivo do homem e por conseqüência empolgado pela liberdade, não encontrável *in rerum natura*, tem o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço. Impossível, portanto, assimilá-lo, apesar do seu caráter formal, a um mero ordenamento de atividades, dotado de cunho exclusivamente técnico, composto por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma do processo civil não é moldada pela simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente por escolhas de natureza política, em busca dos meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores que dominam o meio social, estes sim estruturando a vida jurídica de cada povo, de cada nação, de cada estado.¹

1. Maior desenvolvimento dessas idéias em Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 74-76, 125-126, *passim*. Como bem assinala Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do processo*, 2. ed., São Paulo, RT, 1990, p. 318, o direito, assim como os valores e princípios que o informam, revela-se inconfundível com a técnica, pois, enquanto sistema de atribuição de bens e organização social, implica no fundo a positividade do poder.

O mesmo se passa com os princípios, que haurem seu significado, alcance, extensão e aplicação nos valores imperantes no meio social, em consonância com o *specificum* de cada tempo e espaço social. O princípio do contraditório não foge à regra geral e também tem sua história, não se mostrando indiferente às circunstâncias e valores da época em que exercido.

2. Constata-se essa verdade quando se examina a primitiva concepção da ação como a voluntária submissão da controvérsia à decisão de uma autoridade superior, em que não havia espaço para procedimentos contra o adversário resistente em comparecer em juízo. Nesse estágio mais recuado, o juiz romano mostrava-se incapaz de promover o julgamento de quem voluntariamente se recusasse a comparecer em juízo, se a força física do autor não era suficiente para tanto. Assim ocorria também no antigo direito germânico que não dispunha de outro meio contra o demandado rebelde senão o de lhe obrigar, empregando medidas de proscricção, a fazer as pazes com o Estado ofendido, ou embargando seus bens como garantia de seu comparecimento. Este cenário só passou a mudar quando o Pretor introduziu medidas de coerção como a *missio in bona*, a instar o comparecimento do renitente. A idéia de que o tribunal pode promover atos processuais e julgar a causa na ausência do demandado, previamente cientificado este de

acordo com as formalidades estabelecidas em lei, efetivamente se inicia com o procedimento contumacial do direito romano postclássico, assim mesmo depois de uma longa e penosa batalha de superação da antiga concepção.² Antes, o contraditório só ocorria com a submissão voluntária da parte passiva da demanda.

No processo comum europeu, cujo esteio era precisamente o contraditório, revelava o princípio sentido totalmente distinto daquele hoje dominante no cenário jurídico processual. O processo, fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como uma ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos “pontos de vista” do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente

2. Acerca do tema, Robert Wynes Millar, *The formative principles of civil procedure*, in *A History of Continental Civil Procedure*, Arthur Engelman et al., 1927, reprinted por Augustus M. Kelley, New York, 1969, § 2º, p. 6-7, com ampla referência bibliográfica, e Leopold Wenger, *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*, München, Max Hueber, 1925, p. 92-94. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9. ed., Napoli, Jovene, 1947, p. 116, abordando a ação *sacramenti in personam*, esclarece que, no estágio preparatório da *actio*, as partes não se apresentavam ao magistrado de comum acordo, mas era o autor que *in ius vocatio* o demandado, e este salvo raríssimas exceções não era obrigado a atendê-lo.

falso (raciocínio sofisticado). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita.³

A mudança de perspectiva, introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (século XVI), já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudicarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria proces-

sual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa.⁴

Esses fatores haveriam, necessariamente, de conduzir a outra concepção do contraditório, que passa a perder seu originário ponto de contato com os *natürliche Rechtsgrundsätze* e deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da “verdade”, rebaixado a princípio externo e puramente lógico formal.⁵ Daí, a menção a uma simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida.⁶ De modo significativo, Pimenta Bueno nos seus célebres *Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil*, embora preocupado em evitar o predomínio no processo da chicana, da duplicidade, do arbítrio e da injustiça, só se dedicou ao exame da citação inicial para a causa, invocando o direito das Ordenações, os praxistas e a qualidade de direito natural ao chamamento inicial para a causa, ato que acertadamente entendia incapaz de ser

3. A respeito, a obra fundamental de Alessandro Giuliani, *Il concetto de prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 145-146, *passim*. Ver, ainda, do mesmo autor, *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXV(1975)13:34. Instigante e por demais reveladora a admirável síntese de Nicola Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI(1987):101-118.

4. Sobre isso, Nicola Picardi, *Processo Civile (dir. moderno)*, cit., p. 110-117.

5. Cf., sobre o ponto, Nicola Picardi, *L'esame di coscienza del vecchio maestro*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XLI(1986):536-543, esp. p. 542. Significativa evidência desse modo de ver o problema estampa-se no entendimento de Emilio Betti (*Diritto processuale civile*, 2. ed., Roma, 1936, p. 89, *apud* Picardi, ob. e loc. cit.), quando pondera que “a falta efetiva do contraditório não está exatamente em contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei, por meio de uma decisão justa, pode ser também obtida sem a cooperação das partes.”

6. Assim, por exemplo, Robert Wynes Millar, *The formative principles*, cit., § 2º, p. 6. Não substancialmente diferente é a posição defendida por Joaquim Canuto Mendes de Almeida, *A contrariedade na instrução criminal*, 1938, p. 110, *apud* José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 4. ed. revista, Rio de Janeiro, Forense, 1971, nº 311, p. 97 e nota 114, por muito tempo imperante no direito brasileiro, a definir o contraditório como mera ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de contraditá-los.

suprimido, como princípio e fundamento do juízo.⁷ Claro está que essa concepção aca-nhada encontrou terreno fértil no chamado processo liberal, dominante no século XIX, em que a filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um papel puramente passivo, quase de mero árbitro do litígio, cuja principal função era apenas a de verificar e assegurar o atendimento às determinações formais do processo.

3. No transcurso do século XX, outros valores passaram a influenciar a conformação da garantia, especialmente a necessidade de um maior ativismo judicial, a ânsia de efetividade – a exigir mais do que a simples proclamação formal das garantias processuais – e a revitalização do caráter problemático do direito.

Realmente, a aspiração de se fazer a justiça mais acessível e efetiva revela-se como importante faceta da orientação que tem marcado os mais avançados sistemas legais de nosso século. Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar a tradicionais liberdades “individuais” – incluindo aquelas de natureza processual – com direitos e garantias de caráter “social”, que

em essência buscam não só torná-las acessíveis a todos como também assegurar uma real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual.⁸

Tal modo de ver reflete-se, indiscutivelmente, no alcance do princípio do contraditório, pois obra com que este ultrapasse o momento inicial de contraposição à demanda e comece a constituir um atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo. Determina, assim, uma mudança de sentido, que de modo nenhum pode ser ignorada, instando a que o princípio deixe de ser meramente formal, no intuito de atender aos *standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo, para além de simples requisito técnico de caráter não essencial.

Esse novo enfoque, não por acaso, surge a partir dos anos cinquenta deste século, momento em que amplamente se renovam os estudos da lógica jurídica⁹ e se revitaliza, com novas roupagens e idéias, o sentido problemático do direito, precisamente quando – já prenunciando o pós-modernismo – mais agudos e prementes se tornavam os conflitos de valores e mais imprecisos e elásticos os conceitos.¹⁰ Re-

7. José Pimenta Bueno, 3. ed., corrigida e aumentada por João de Sá e Albuquerque, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1911, p. 10, 121-122, *passim*.

8. Cf., a respeito, o ainda atual relatório geral de Mauro Cappelletti, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 661-773, esp. p. 726-727, 740, 744, 746, 751-752, *passim*.

9. Assim a obra de Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz (Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundgenforschung)*, cuja 1. edição data de 1953, de Giuliani, acima citada, e posteriormente de Chaïm Perelman (v.g., *Tratado da Argumentação (a nova retórica)*, em colaboração com Lucie Olbrechts-Tyteca, trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo, Martins Fontes, 1996).

10. Por isso, já em 1973 observava Fritz Baur, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in *Fundamental Guarantees*, cit., p. 3-30, esp. p. 19, que “um sobrevôo da jurisprudência dos tribunais alemães, em particular do Tribunal constitucional federal, no que concerne ao direito de ser ouvido perante os tribunais, permite dizer que essa máxima ofereceu e sempre oferece a possibilidade de permitir a aplicação dos princípios de um processo leal e justo, matéria em que precisamente os códigos de processo são incompletos ou lacunosos.”

cupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo.

Ao mesmo tempo, nessa mesma linha de evolução, consentânea com a consciência do caráter público do processo, com a necessidade de uma solução mais eficiente e rápida do litígio, insere-se o valor da *efetividade*. O seu reflexo na extensão do contraditório é imediato e de largo espectro, porquanto encontra seu melhor instrumento técnico na possibilidade de concessão de medidas conservativas ou mesmo antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, antes do término normal do processo e até liminarmente, mesmo antes de ser ouvida a parte demandada sobre a pretensão exercida em juízo.

4. No tocante ao princípio da colaboração ou da cooperação, não se pode deixar de perceber que a extensão dos poderes do juiz vincula-se estreitamente à natureza e à função do processo civil e à maior ou menor eficiência desse instrumento na realização de seus objetivos. Verifica-se com clareza essa consequência ao se examinar, por exemplo, a concepção ínsita ao processo liberal. Esta, ainda não imbuída clara-

mente do caráter público do processo, não só atribuía às partes amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava a exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, assim como a própria instrução probatória, restringindo por via de consequência de maneira significativa os poderes do órgão judicial.¹¹ Como em outros campos da vida em sociedade, acreditava-se no livre jogo das forças sociais, conquistando corpo a idéia de que o próprio interesse da parte litigante no direito alegado constituiria eficaz catalisador para a mais rápida investigação da situação jurídica.¹²

Para o tema do presente ensaio, é importante ressaltar contudo que outra é, nos tempos atuais, a concepção dominante sobre a natureza e função do processo civil, principalmente porque a experiência desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido somente pelos participantes do processo.¹³ Basta pensar em que a aplicação do princípio dispositivo em sua concepção clássica, impondo exclusiva contribuição das partes no aporte ao processo do material fático, relativiza para além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz, forçado-o a se contentar passivamen-

11. Sintomaticamente, Adolf Wach, *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ejea, 1958, p. 60-61, um dos mais representativos expoentes do processo civil do século XIX, época de completa aceitação deste modelo, principalmente em razão de ser então concebido o processo como instituição destinada à realização de direitos privados, acentuava produzir o domínio das partes sobre o objeto do litígio o domínio das partes sobre a relação de litígio, seu começo, continuação e conteúdo, justificando o princípio dispositivo exclusivamente pela falta de interesse do Estado no objeto da controvérsia!

12. Walther J. Habscheid, *Richtermacht oder Parteifreiheit — Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 81(1968):175-196, esp. p. 186-187.

13. Cf. a crítica do próprio Habscheid, *Richtermacht*, cit., p. 187.

te com a versão necessariamente parcializada trazida tão só pelos interessados.

Além disso, principalmente em função da tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos estados ocidentais contemporâneos, inexistindo portanto razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa,¹⁴ coloca-se no tablado das discussões o problema fundamental da dimensão dos poderes de iniciativa do juiz e das partes.

Como confluência desses fatores, desponta como resultante da evolução social, política e cultural de nossa época, o incremento do ativismo judicial, já agora tornado “*chose faite*”, e que realmente pode contribuir para mais acabada realização da tutela jurisdicional.¹⁵ Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte

carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista.

Exatamente em face dessa realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.¹⁶ A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples “objeto” de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da demo-

cracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição.

Essas considerações bem demonstram não só o inafastável caráter dialético do processo atual como também um novo alcance do antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*. Antes de nada, afigura-se algo arbitrário valorizar abstratamente a disquisição ou o juízo sobre o fato, como totalmente divorciados do juízo de direito. Não somente se exhibe artificial a distinção entre fato e direito – porque no litígio fato e direito se interpenetram –, mas perde força sobretudo no tema ora em exame, em virtude da necessidade do fato na construção do direito e da correlativa indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato.¹⁷

Ademais, mostra-se evidente a relatividade da primeira parte do aforismo. A formação do material fáctico da causa deixou de constituir tarefa exclusiva das partes. Muito embora devam elas contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da *causa petendi*, não se mostra recomendável proibir a apreciação dos fatos secundários pelo juiz, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios, ou pertencerem à experiência comum.¹⁸ Por outro lado, conveniente se processe a apreciação dos fatos principais por iniciativa exclusiva do órgão judicial quando se refiram: a) a situação de direito público ou de ordem pública (assim, *v.g.*, a matéria concernente aos pressupostos processuais e às chamadas condições da ação); b) a fatos jurídicos extintivos e impeditivos, incompatíveis com a pretensão exercida (*v.g.*, pagamento, confusão etc.), salvo se representativos de verdadeira exceção em sentido substancial.¹⁹ isto sem falar dos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, ca-

14. Cândido R. Dinamarco, *A instrumentalidade*, cit., p. 182.

15. Marcel Storme relatório sobre o ativismo judicial, oferecido no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em Coimbra-Lisboa, de 25 a 31 de agosto de 1991, p. 484-486 dos anais, extrai da situação atual, em consonância com as perspectivas assinaladas no texto, as seguintes conclusões: a) declina o sistema inquisitorial de tipo socialista, enquanto aumenta de maneira contínua o poder do juiz (na direção do processo, no seu ordenamento e no domínio das provas); b) é confirmado, por quase todos os relatores nacionais, o crescimento do ativismo do juiz em seu sistema processual nacional, com manutenção do princípio dispositivo; c) verifica-se uma aproximação dos sistemas anglo-americano e europeu no domínio da “*richterliche Rechtsforbildung*” e o mesmo fenômeno ocorre no âmbito do processo; d) o ativismo do juiz exhibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes, conscientes e cooperadoras.

16. “É o diálogo que corrige continuamente a lógica e não a lógica que controla o diálogo”, assim se pronuncia, depois de tecer as considerações reproduzidas no texto, A. Arndt, *Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs*, p. 1297 e segs., 1301, *apud*, Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 644-645; para outras referências bibliográficas, esp. p. 645, nota 9.

17. Assim também Marcel Storme, *L'activisme du juge*, cit., p. 430, ressaltando ainda estar ultrapassada a distinção entre fato e direito, especialmente no concernente à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes, inspirada no velho aforismo “*da mihi factum, dabo tibi ius*”. Entre nós, Arruda Alvim, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. V, São Paulo, RT, 1979, p. 267, reportando-se à obra de Castanheira Neves, considera como indiscutível tendência contemporânea a inviabilidade de distinção, pelo menos do ponto de vista ontológico ou intrínseco do problema, entre fato e direito, à luz das repercussões na ordem jurídica.

18. Importante assinalar que no direito brasileiro, como decorre do artigo 131 do CPC, o órgão judicial apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, “*ainda que não alegados pelas partes*”, com o que o legislador manifestamente tomou partido pela possibilidade de o juiz, até de ofício, levar em consideração fatos secundários. A doutrina de modo geral conceitua como fatos secundários aqueles suscetíveis de ter em juízo alguma relevância, não como fatos constitutivos, extintivos ou impeditivos da relação ou do estado de *quo agitur* (fatos “principais” ou “jurídicos”), mas enquanto fatos dos quais, direta ou indiretamente, possa deduzir-se a existência ou inexistência ou o modo de ser dos fatos jurídicos. Cf., por todos, Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*, 2ª. ed., Milano, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 340.

19. Cf. Mauro Cappelletti, *La testimonianza*, cit., vol. I, p. 343-350. Ainda a respeito do ponto, Antonio Janry Dall'Agnol Júnior, *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, in *Ajuris*, 46(1989):97-115. No mesmo sentido a doutrina francesa, a exemplo de Henry Motulsky, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits*, in *Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973, p. 38-57, a colocar temperamentos ao princípio de que o juiz deva fundar sua decisão exclusivamente nos fatos regularmente introduzidos pelas partes.

pazes de influir no julgamento da lide, passíveis de consideração pelo juiz, conforme determinado pelo art. 462 do CPC, até de ofício no momento de proferir a sentença.

O mesmo sucede em relação ao aforismo *iura novit curia*, a impor ao juiz, na sua conceituação tradicional, conhecer o direito e investigá-lo de ofício, caso não o conheça, tornando-o também totalmente independente na sua aplicação dos pedidos e alegações das partes a respeito²⁰, permitindo-lhe extrair do material fático trazido pelas partes conclusões jurídicas não aportadas por elas aos autos.²¹

Todavia, nada obstante a liberdade desfrutada pelo órgão judicial nessa matéria, podem e devem as partes aportar a sua cooperação também quanto à valorização jurídica da realidade externa ao processo, investigação que hoje de modo nenhum pode constituir labuta exclusiva do órgão judicial.²² Entendimento contrário significaria transformar o juiz numa máquina, pois, como já se ressaltou com agudeza, dentro de uma concepção puramente silogística diria às partes *date mihi factum* e às leis *date*

mihi jus e, recebidos tais elementos, emitiria a decisão com mecânica indiferença, como um aparelho emissor de bilhetes a toda introdução de duas moedas.²³

A expectativa de sucesso final na causa evidencia, na verdade, o interesse primordial da parte em dar conhecimento ao tribunal da norma jurídica a ser aplicada, segundo sua visão particular. O mesmo se passa em relação ao convencimento do órgão judicial, quanto à bondade da solução jurídica preconizada. E isto porque pode haver o risco, mesmo em se tratando de direito nacional, risco esse intensificado pela complexidade da vida moderna, de o juiz não “descobrir” a norma jurídica favorável ao litigante, ou de não a interpretar corretamente.²⁴ Aqui, a colaboração das partes com o juízo encontra sua razão de ser num plano mais amplo, na medida em que não importa apenas a investigação da norma aplicável ao caso concreto, mas estabelecer o seu conteúdo e alcance, evitando surpresas e as conseqüências negativas daí decorrentes para o exercício do direito de defesa e a tutela de outros valores como a con-

20. Cf., por todos, Leo Rosenberg, *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 49(1925):38-73, esp. p. 38-39.

21. Este é o entendimento tradicional da doutrina alemã, expresso por Wolfgang Bernhardt, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess*, in *Beiträge zum Zivilprozessrecht — Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*, München, Beck, 1949, p. 9-50, esp. p. 18. Alerta, porém, que abordada a questão pelo tribunal de ponto de vista jurídico diverso daquele suscitado pelas partes, cumpra-lhe, nos termos do § 139 da ZPO, informá-las a respeito evitando causar surpresa.

22. Assim, a intervenção do revel no processo, por exemplo, apesar do reconhecimento aí implicado da verdade dos fatos alegados pelo autor (CPC, artigo 322, 2ª parte), ocorre exatamente porque a revelia é restrita à matéria de fato, com abstração das questões de direito, em relação às quais permite-se à parte procurar persuadir o órgão julgador. Do *ius* fornecido pelos próprios litigantes, e não só pelo juiz, trata expressamente o artigo 300 do CPC, determinando competir ao réu, na contestação, a alegação de toda a matéria de defesa, “*expondo as razões de fato e de direito*”. Na mesma linha, admitem-se alegações das partes sobre questões de fato e de direito (v.g., artigo 454, § 3º, do CPC).

23. Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937, nº 37, p. 108-109.

24. A respeito, as interessantes observações de Fritz Baur, *Da importância da dicção Iura Novit Curia*, in *Repro*, 3(1976):169-177.

centração e celeridade do processo e a qualidade do pronunciamento judicial.²⁵

Demais disso, inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas do fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial.²⁶ Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório.²⁷ A hipótese não se exhibe rara porque freqüentes os empecilhos enfrentados pelo operador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente parcializada do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a proble-

mática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça.²⁸ O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.

Ora, o concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa, constitui dado que influi de maneira decisiva na própria extensão do princípio do contraditório. Basta pensar que essa colaboração só pode ser realmente eficaz se vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias ministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão.²⁹

25. Cf., a respeito, Nicolò Trocker, *Processo Civile*, cit., p. 680-681.

26. Cf. Wolfgang Grunsky, *Grundlagen des Verfahrensrechts (Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG)*, 2. ed., Bielefeld, Gieseking, 1974, § 25, III, p. 232-234. Aliás, em atenção a esses conceitos, amplamente pacificados na doutrina e na jurisprudência da então Alemanha Federal, quando da reforma processual de 1977 foi incorporado ao seu direito positivo o § 278, II, da Ordenança Processual Civil (ZPO), a seguir reproduzido em tradução livre: “O juiz só pode apoiar sua decisão em um aspecto jurídico considerado insignificante pela parte, ou que lhe tenha passado despercebido, se lhe tiver dado oportunidade de manifestar-se a respeito, salvo quando se tratar de uma questão meramente acessória.”

27. Veja-se, ainda aqui, Eduardo Grasso, *La Collaborazione nel Processo Civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XXI(1966):580-609, esp. p. 605.

28. Cf. a certa ponderação de Nicolò Trocker, *Processo Civile*, cit., p. 669.

29. Assim, Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, cit, esp. p. 587. Nesse ensaio, a idéia de colaboração é largamente desenvolvida com vistas a que o processo, ultrapassando o simples escopo da paz jurídica, seja também inspirado pela busca da verdade e da justiça, só alcançável mediante a colaboração entre as partes e o juiz.

Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes.³⁰ Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição

da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores.³¹

5. Mas assim como a necessidade de cooperação das partes com o juiz e deste com as partes passou a intensificar a necessidade do contraditório, a alargar o seu alcance, um movimento não menos poderoso, dando relevo ao valor da efetividade, tende a fazê-lo diminuir.

A efetividade não tem só assento no sadio intento de tornar mais prestadio, mais rápido e eficaz o instrumento processual. O movimento nessa direção também se agiganta – e parece ser esta uma causa nada desprezível – em razão das notórias deficiências da administração da Justiça brasileira, agoniada cada vez mais pela intensificação dos litígios, após o processo de redemocratização iniciado com a promulgação da Constituição de 1988.

30. Ver a respeito, no plano doutrinário, por exemplo, Vittorio Denti, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XXIII(1968):217-231, esp. p. 224. Mais recentemente, conferir as interessantes observações de Baldassore Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica (un approccio ermeneutico)*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 220-251.

31. Nesse sentido, de modo expresso, v.g., o § 278, III, da Ordenança Processual alemã, citado anteriormente, o art. 183, alínea 3, do Código de Processo Civil italiano (com a redação da Lei nº 353, de 126.11.1990) e o art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês. Referência especial merece a reforma recentemente introduzida no Código de Processo Civil português, em consequência dos Decretos-leis nºs 329-A, de 12.12.1995, e 180, de 25.9.1996, em que se afirmam como princípios fundamentais, estruturantes de todo o processo civil, os princípios do contraditório, da igualdade das partes e da cooperação. Como dimensão do princípio do contraditório, prescreve-se envolver a proibição de prolação de decisões surpresa, não sendo lícito aos tribunais decidir questões de fato ou de direito, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que previamente haja sido facultada às partes a possibilidade de sobre elas se pronunciarem (CPC português, art. 3º, nº 3). Essa era, por sinal, a posição predominante na jurisprudência e doutrina européias, mesmo antes da edição de regras expressas a respeito, por exclusiva aplicação da garantia do contraditório assegurada no plano constitucional. Significativa, v.g., a decisão nº 6 de 18.6.1957 do Tribunal Constitucional Federal alemão, *apud* Walter Zeiss, *Zivilprozessrecht*, 7. ed., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 75. Interessante é a norma contida no art. 184 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a impor prévia discussão com as partes das preliminares suscitadas durante o julgamento. O 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS de maneira inovadora deu por infringido o princípio em caso em que o órgão judicial surpreendeu a parte, sem ouvi-la previamente, em questão de fato fundamental para a decisão (Ação Rescisória 595132226, j. em 10.5.1996, redator designado Des. José Maria Rosa Tesheiner, com substancioso voto de vista do Des. Araken de Assis, *Revista Forense*, 338(abr.mai.jun/1997):301-309).

Dentro desse quadro atuam como reagentes a permanência do entulho legislativo autoritário, as dificuldades de ordem econômica, política e social por que atravessa a Nação, os anseios de grande parcela da população, a recorrer em desespero ao Judiciário para solução de conflitos agudos, que normalmente deveriam ser resolvidos pelos demais órgãos do Estado, as contradições cada vez maiores entre a velha ordem e as idéias neoliberais, intensificadas pela fenômeno da globalização, pregando a redução do aparelho estatal, mesmo a preço de afrontas ao direito adquirido de grandes parcelas da população brasileira. Certamente, tudo isso colabora para o descrédito da Jurisdição e acarreta a demora excessiva do processo, fazendo com que se forme um caldo de cultura propício à quebra do contraditório, estimulando as liminares conservativas ou antecipatórias, correndo-se o risco de que a tutela de urgência passe a ser a Justiça *tout court*.

Nessa matéria, ainda mais ressalta o princípio geral da adaptação, de tal modo que só se poderá adiar o contraditório para um momento posterior na justa medida em que o provimento judicial, emitido *inaudita altera parte*, seja idôneo para atingir a finalidade a que se propõe a lei e em consonância com os pressupostos nela estabelecidos. Essa idoneidade decorre principalmente da proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do princípio e o provável prejuízo que a outra parte poderá sofrer sem o deferimento da cautela ou da tutela cuja antecipação se pretende, condicionada ainda à provável existência do direito afirmado.

Assim, quanto mais funda for a intervenção da ordem judicial no patrimônio

jurídico do demandado – como ocorre na antecipação do efeito executivo ou mandamental para a prevenção do dano –, mais acurado deve ser o exame dos pressupostos para a concessão da providência não precedida de prévio contraditório. Não por outra razão, a lei brasileira reclama nessa hipótese prova robusta dos pressupostos, insta a que se não conceda a antecipação se houver perigo de o provimento antecipado provocar situação fática irreversível e insiste em que a decisão do juiz a tal respeito deva conter de modo claro e preciso as razões de seu convencimento (CPC, art. 273 e respectivos §§ 1º e 2º).

Quando a urgência não se revele com todas as galas da evidência, quando o direito alegado não for suficientemente evidente e débil se apresente a prova trazida pelo requerente da antecipação e principalmente não houver perigo a prevenir, a postergação do contraditório não estará autorizada, ilação que naturalmente não desautoriza o deferimento da antecipação em momento posterior, se surgirem elementos novos para tanto. Somente com o atendimento desses requisitos, insista-se, tanto de natureza formal quanto material, pode se dar interferência no princípio do contraditório. Além disso, o rigorismo aqui preconizado tem assento em considerações de ordem prática, pois a experiência brasileira mostra que a liminar tende a se perpetuar pela lei da inércia, passando de regulação provisória a regulação definitiva da lide. Por outro lado, o contraditório imediato possibilitado pelo emprego do agravo de instrumento, embora permita a imediata revisão do provimento cautelar ou antecipatório por tribunal de segundo grau, também por

provimento liminar, age por meio de juízo de aparência, sem tempo suficiente de maturação. Trata-se, portanto, de um contraditório imediato, mas de certa forma mitigado em razão dessas circunstâncias.

Conquanto se possa afirmar *a priori* tenha o legislador estabelecido uma relação específica de prevalência do direito fundamental à efetividade do processo sobre o da segurança jurídica³², mesmo assim hipóteses haverá em que o juiz haverá de ponderar, em face das circunstâncias específicas do caso concreto, a melhor maneira de harmonizar eventualmente o conflito axiológico entre a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXVI, da Constituição) e a garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição). Pense-se, por exemplo, na hipótese de não ser concedida ordem liminar pela possibilidade de causar um dano irreversível na situação fática de interesse do demandado e a sua vez o requerente da providência corresse o risco de padecer um dano de natureza irreversível. Aí o conflito axiológico imporia uma minudente ponderação das circunstâncias do caso concreto, de molde a permitir, estando presente o pressuposto da aparência do direito, o sacrifício do direito improvável no altar do direito provável. Nem se argumente com a restrição contida no art. 273, § 2º, do CPC, porque o poder do legislador infraconstitucional não chega ao ponto de pretender interferir em direitos fundamentais, reduzindo ou enfraquecendo algum em detrimento de

outro. O conflito, por isso mesmo, só pode ser equacionado pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que consiste em assegurar a eficácia dos direitos e em dar proteção aos interesses daí decorrentes, mediante a técnica da ponderação dos valores e o equilíbrio dos interesses em jogo no caso concreto.³³ E um elemento decisivo, sem dúvida, nesse contexto, é a prevalência do direito provável.

6. Está longe de terminar a dissonância entre o fortalecimento do contraditório pela cooperação e o seu enfraquecimento determinado pela urgência.

Numa época em que não se pode mais aspirar a certezas, impõe-se perseverar em busca do ponto de equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil. O verdadeiro equacionamento do problema só começará a surgir com a radical transformação da sociedade brasileira, quando forem superadas as causas materiais mais profundas que determinam a demora irrazoável e exasperante da duração do processo e se obtiver prestação jurisdicional de qualidade. Esse é o grande desafio do novo milênio.

Bibliografia

Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.

32. Cf., Teori Albino Zavascki no excelente ensaio intitulado *Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*, in *Ajuris*, 64(jul./95):395-417, esp. p. 402.

33. A respeito do princípio da proporcionalidade são valiosas, embora desenvolvidas na perspectiva do processo penal, as considerações de Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, Colex, 1990, *passim*.

Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*, 9. ed., Napoli, Jovene, 1947.

Arruda Alvim Netto, José Manoel. *Código de Processo Civil Comentado*, vol. V, São Paulo, RT, 1979.

Baur, Fritz. *Da importância da dicção lura Novit Curia*, in *Revista de Processo*, 3(1976):169-177.

_____. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne*, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings*, Milano, Giuffrè, 1973.

Bernhardt, Wolfgang. *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess*, in *Beiträge zum Zivilprozessrecht — Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*, München, Beck, 1949.

Calogero, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, Cedam, 1937.

Cappelletti, Mauro. Relatório geral, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings*, Milano, Giuffrè, 1973.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità (contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile)*, 2ª. ed., Milano, Giuffrè, 1974.

Dall'Agnol Júnior, Antonio Janyr. *O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti*, in *Ajuris*, 46(1989):97-115.

Denti, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XXIII(1968):217-231.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, 2. ed., São Paulo, RT, 1990.

Giuliani, Alessandro. *Il concetto de prova (contributo alla logica giuridica)*, Milano, Giuffrè, 1961.

_____. *Logica del diritto (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXV(1975):13-34.

Gonzalez-Cuellar Serrano, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid, Colex, 1990.

Grasso, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XXI(1966):580-609.

Grunsky, Wolfgang. *Grundlagen des Verfahrensrechts (Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG)*, 2. ed., Bielefeld, Gieseking, 1974.

Habscheid, Walther J. *Richtermacht oder Parteifreiheit — Über Entwicklungstendenzen des modernen Zivilprozessrechts*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 81(1968):175-196, esp. p. 186-187.

Marques, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 4. ed. revista, Rio de Janeiro, Forense, 1971.

Millar, Robert Wynes. *The formative principles of civil procedure*, in *A History of Continental Civil Procedure*, Arthur Engelman et al., 1927, reprinted por Augustus M. Kelley, New York, 1969.

Motulsky, Henry. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégations des faits*, in *Études et notes de procédure civile*, Paris, Dalloz, 1973.

Pastore, Baldassore. *Giudizio, prova, ragion pratica (un approccio ermeneutico)*, Milano, Giuffrè, 1996.

Picardi, Nicola. *Lesame di coscienza del vecchio maestro*, in *Rivista di Diritto Processuale*, XLI(1986):536-543.

Processo Civile (dir. moderno), in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI(1987):101-118.

Pimenta Bueno, José, *Apontamentos sobre as formalidades do processo civil*, 3. ed., corrigida e aumentada por João de Sá e Albuquerque, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1911.

Rosenberg, Leo. *Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse*, in *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, 49(1925):38-73.

Storme, Marcel. Relatório sobre o ativismo judicial, oferecido no IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em

Coimbra-Lisboa, de 25 a 31 de agosto de 1991.

Trocker, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione (problemi di diritto tedesco e italiano)*, presentazione di Gian Antonio Micheli, Milano, Giuffrè, 1974.

Wach, Adolf. *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, trad. de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ejea, 1958.

Wenger, Leopold. *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*, München, Max Hueber, 1925.

Zavascki, Teori Albino. *Antecipação de Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais*, in *Ajuris*, 64(jul./95):395-417.

Zeiss, Walter. *Zivilprozessrecht*, 7. ed., Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1989.

Posmodernidad Jurídica

El Análisis Contextual del Derecho como contracorriente a la abstracción jurídica.*

Carlos Alberto Ghersi

Abogado – Doctor en jurisprudencia – Profesor titular de Derecho Civil I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad del Salvador – Profesor adjunto ordinario de Derecho civil I, II y III de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – Conferencista – Autor de varias obras y otras publicaciones de Derecho Civil y Comercial – Presidente de la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Abogados de Buenos Aires

1. Introducción

La posmodernidad es la contradicción¹ entre el reconocimiento formal de los derechos individuales del hombre y la negación de los derechos fundamentales del Ser humano. Esta compleja dialéctica entre poder y saber, parece actuar como si las reglas básicas del capitalismo globalizado no existieran o las relaciones de estamentos económicos no cuentan².

Las humillantes condiciones en que miles de seres humanos sobreviven, sin la perspectiva de un futuro generacional, son la expresión que el posmodernismo oculta tras un muro de contención (como el viejo muro de Berlín) silencioso, representado por las Constituciones, Códigos, Normas, que exaltan la construcción del subjetivismo jurídico.

SUMARIO

- 1 – Introducción.
- 2 – El derecho como fenómeno social.
- 3 – El derecho y el contexto.
- 4 – Las herramientas contextuales.
- 5 – Nuestras conclusiones a modo de aproximación al estudio, reflexión y transmisión del derecho epistemológicamente.

1. Consul. Ghersi, Carlos A. Posmodernidad jurídica. Ed. Gowa. Bs. As. 1995; Ramos Nuñez, Carlos. Codificación, tecnología y posmodernidad. La muerte de un paradigma. Ed. ARA. Editores Lima 1996; Trazegnies Granada, Fernando. Posmodernidad y derecho. Ed. ARA. Editores Lima 1996.
2. Fitousci, J. Paul. El debate prohibido. Moneda, Europa, pobreza Pág. 39 "Modelos económicos se hallan en permanente mutación, en restructuración continua, bajo los efectos del progreso técnico y de la evolución del comercio internacional" Ed. Paidós. Barcelona.1996.