

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

GISELE WITTE

**O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

FLORIANÓPOLIS

2015

GISELE WITTE

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E O NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado junto ao
curso de graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina – UFSC, na área de
Processo Civil

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

FLORIANÓPOLIS


2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

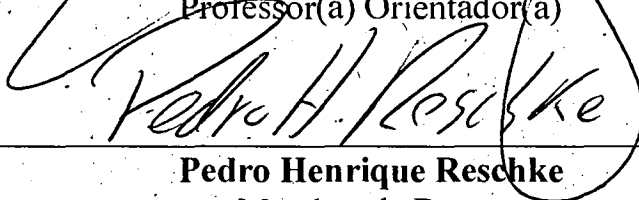
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**O princípio do contraditório substancial e o novo código de processo civil**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Gisele Witte**, defendido em **03/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e meio), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

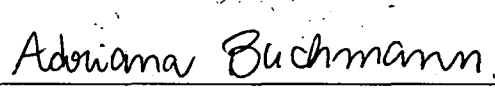
Florianópolis, 3 de Dezembro de 2015



Eduardo de Avelar Lamy
Professor(a) Orientador(a)



Pedro Henrique Reschke
Membro de Banca



Adriana Buchmann
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E

ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Gisele Witte**

RG:

CPF:

Matrícula: **11103642**

Título do TCC: **O princípio do contraditório substancial e o novo código de processo civil**

Orientador(a): **Eduardo de Avelar Lamy**

Eu, **Gisele Witte**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 3 de Dezembro de 2015

Assinatura manuscrita de Gisele Witte em tinta preta, sobre uma linha horizontal.

Gisele Witte

AGRADECIMENTOS

Prova de que nenhuma jornada é solitária são os nomes desta página. Mesmo antes de todos os medos e todos os sonhos, senti o apoio necessário para seguir em frente através deles.

Ao Alan, por não ter deixado de dizer “eu te amo” um dia sequer.

Ao pessoal da Biblioteca do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: esse trabalho só foi possível graças ao devotado serviço que prestam diariamente aos que anseiam por cultura.

Ao meu orientador, professor Eduardo Lamy, por todo admirável conhecimento empregado neste estudo.

Aos exemplos de profissão, Julio Müller e Anna Carolina Faraco Lamy, por semearem em mim a paixão pela advocacia.

Ao professor Eduardo de Mello e Souza, que, em nossa primeira aula de Processo Civil IV, ainda em 2014, mostrou que aquele seria o primeiro dia do resto de nossas vidas.

À minha mãe, Elisângela, exemplo de mulher forte.

Ao meu pai, Jeferson, pelo apoio incondicional.

À Michelle, minha irmã, pelas risadas e lágrimas que me ensinaram a ser uma pessoa melhor.

Ao Hiago, por mostrar que afeto não é uma questão de registro.

À Noninha, ao Noninho (*in memoriam*), à vó Leci e ao vô Ralf, por representarem meus ideais de amor, companheirismo e respeito.

A todos os demais membros das famílias Witte e Spezia, por simbolizarem meu farol através dos medos.

Aos professores do Colégio de Aplicação e aos amigos de Caçador, em especial ao Marcus e ao Alonso, pelas boas lembranças que guardo comigo.

Ao teatro, à música, ao desenho e outras artes, por espelharem minha alma.

À minha amiga Chiara e seus três pequenos: Zé, Chico e Agathinha.

À minha primeira professora de direito, Klenize, pela inspiradora lição que me fez querer realmente ingressar neste curso.

À Elisa, pela insubstituível ajuda que me fez querer realmente concluir este curso.

E, por fim, a esta Universidade, espaço profícuo de ensino e vida.

Medeia

Que crime ou que falta é punida com o exílio?

Creonte

Esta inocente mulher pergunta-me a causa da sua expulsão!

Medeia

Se és juiz, procede ao julgamento; se és rei, ordena.

Creonte

Justas ou injustas, tens de te submeter às ordens de um rei.

Medeia

Uma realeza injusta nunca dura muito tempo.

Creonte

Vai queixar-te aos Colcos.

Medeia

Eu vou: quem me trouxe que me leve de volta.

Creonte

O teu pedido chegou tarde, a decisão já está tomada.

Medeia

Quem decide o que quer se seja sem ouvir a outra parte, mesmo que decida com justiça, não é justo.

Medeia

Sêneca

*Tradução do latim por Ana Alexandra Alves de Souza
Universidade de Coimbra*

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo o estudo da ressignificação do princípio do contraditório nos últimos anos. Busca localizar historicamente o momento em que o princípio até então entendido como garantia de comunicação dos atos processuais e bilateralidade da audiência passa a abarcar os conceitos de participação com influência no processo e não-surpresa das decisões judiciais, bem como se propõe a identificar essa nova semântica dentro do recém promulgado Código de Processo Civil brasileiro – Lei 13.105/15.

Palavras-chave: Processo civil. Princípio do contraditório. Contraditório substancial. Fundamentação das decisões. Sistema de precedentes. Processo democrático. Direito constitucional processual. Segurança jurídica. Cooperação. Participação com influência. Não-surpresa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 AS IDEIAS DE PRINCÍPIO E DE CONTRADITÓRIO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA	9
1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O CONTRADITÓRIO	9
1.1.1 Origens históricas do contraditório	9
1.1.2 História do contraditório no Brasil	10
1.2 OS PRINCÍPIOS EM PROCESSO CIVIL – O CONTRADITÓRIO COMO UM PRINCÍPIO	11
1.2.1 O conceito de princípio	11
1.2.2 Os princípios constitucionais processuais	15
1.2.3 O contraditório como um princípio	19
2 UMA NOVA SEMÂNTICA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA E NÃO-SURPRESA	24
2.1 PROCESSO É PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO	24
2.2 CONTRADITÓRIO COMO MANIFESTAÇÃO DA DEMOCRACIA DENTRO DO PROCESSO	25
2.2.1 O contraditório meramente formal	26
2.2.2 O contraditório material (ou substancial)	27
2.3 A GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO COM INFLUÊNCIA NO PROCESSO.....	29
2.4 A GARANTIA DE NÃO-SURPRESA NAS DECISÕES JUDICIAIS	31
2.5 O JUIZ COMO DESTINATÁRIO E GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL.....	33
2.6 HIPÓTESES DE EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL.....	35
2.7 O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL COMO UMA NOVA CULTURA JURÍDICA	37
3 UM NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO – LEI 13.105/15: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	40
3.1 PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI 13.105/15 – A TRAMITAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	40
3.2 O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL COMO A PRIMEIRA ESTACA DO TRIPÉ QUE SUSTENTA O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	41
3.3 OS DOZE PRIMEIROS ARTIGOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL:	

NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS	43
3.3.1 A constitucionalização do direito processual	43
3.3.2 Normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil	45
3.4 O CONTRADITÓRIO COMO COROLÁRIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL: UMA VISÃO COOPERATIVA DO PROCESSO	47
3.5 DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE ABARCAM A NOÇÃO DE CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL	51
4 O TRIPÉ DE SUSTENTAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E SISTEMA DE PRECEDENTES.....	56
4.1 DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	56
4.2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E O CAMINHO PARA A SEGURANÇA JURÍDICA NECESSÁRIA AO SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	60
4.2.1 Técnicas e justificativas ao sistema de precedentes instituído pelo Novo Código.	60
4.2.2 A Teoria dos Precedentes de Michele Taruffo	63
4.2.2.1 <i>A dimensão institucional.....</i>	63
4.2.2.2 <i>A dimensão objetiva.....</i>	63
4.2.2.3 <i>A dimensão estrutural.....</i>	64
4.2.2.4 <i>A dimensão da eficácia.....</i>	65
4.2.2.5 <i>Grau de vinculação máximo (binding precedents).....</i>	65
4.2.2.6 <i>Grau de vinculação intermediário (defensibly binding precedents).....</i>	66
4.2.2.7 <i>Grau de vinculação fraco (weakly binding precedents).....</i>	67
4.3 A EFICÁCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	67
4.4 OS DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS ATÉ UMA NOVA TEORIA DOS PRECEDENTES NO BRASIL.....	69
4.5 CONEXÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL.....	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS	81

INTRODUÇÃO

O capítulo inicial discorre brevemente acerca das origens históricas do contraditório tanto na tradição jurídica estrangeira quanto na pátria. Trabalha com o conceito de princípio e de contraditório, introduzindo a sistemática da principiologia constitucional processual e do próprio contraditório como um princípio constitucional processual.

O segundo capítulo aborda a ressignificação pela qual passou o contraditório (encabeçada pela doutrina estrangeira em meados do século XX e posteriormente introduzida no Brasil), a qual concedeu ao princípio suas duas grandes garantias hoje conhecidas: (a) a participação com influência no processo e (b) a não-surpresa nas decisões judiciais. Essa releitura deu vazão aos ideais democráticos que transformaram a realidade social do pós-guerra – inclusive dentro da Constituição de 1988 – exigindo do processo contemporâneo mais cooperação e participação.

O capítulo ainda traz algumas hipóteses legalmente previstas em que o contraditório é tido como diferido (já que não obedece fielmente à substancialidade) e discute acerca da figura no juiz como grande garante dessa nova roupagem semântica, a fim de que a cultura do contraditório substancial seja satisfatoriamente assimilada pela comunidade jurídica brasileira.

Dedica-se o terceiro capítulo a identificar a espinha dorsal do Novo Código. Narra rapidamente o processo legislativo pelo qual passou até a promulgação (em 16 de março de 2015), localizando-o dentro do fenômeno da constitucionalização do direito processual, dialogado na lei através de seus doze primeiros artigos (as chamadas normas fundamentais processuais). É dentro desses dispositivos que se encontram as positivações das garantias do contraditório substancial, nos arts. 9º e 10, bem como de seu princípio corolário, a boa-fé processual (arts. 5º e 6º). O escopo do capítulo é demonstrar como o contraditório substancial representa a primeira estaca dentro do tripé que sustenta o Novo Código de Processo Civil: (a) contraditório substancial; (b) fundamentação das decisões e (c) sistema de precedentes.

O capítulo final se debruça sobre este tripé, evidenciando sua lógica circular: só há sistema de precedentes forte e estável se a fundamentação das decisões que o embasam for proferida sob a vigilante e comprometida atuação do contraditório substancial. Ilustra as pontes de transição do tripé (do contraditório à fundamentação, da fundamentação aos precedentes), debruçando-se sobremaneira no enraizamento de uma Teoria de Precedentes

forte e estável, adaptada à tradição jurídica brasileira, que corrija os erros históricos produzidos pela má aplicação das técnicas processuais ao direito jurisprudencial.

Sugerem-se, nas considerações finais, as vicissitudes do Novo Código de Processo Civil que prometem a superação das mazelas da prestação jurisdicional no país, incutindo em corações e mentes a promessa de uma nova teoria geral do processo preocupada com a efetivação do núcleo de direitos fundamentais.

1 AS IDEIAS DE PRINCÍPIO E DE CONTRADITÓRIO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA

1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O CONTRADITÓRIO

1.1.1 Origens históricas do contraditório

Em termos de história geral do direito, alguns historiadores enxergam a semente de contraditório ainda no direito romano. Inicialmente, no primitivo do direito romano, quem se recusasse a comparecer perante o juízo não podia ser julgado. Podia o autor, se sua força física fosse suficiente, obrigar o réu a comparecer em juízo para julgamento. Posteriormente, o procedimento foi modificado, tendo sido criadas medidas coercitivas, a fim de obrigar o réu a comparecer em juízo para responder ao processo. Iniciada a fase do direito romano pós-clássico, passou-se a conceber a prática de atos processuais e o julgamento sem a presença física do réu, desde que este houvesse sido previamente comunicado, conforme as formalidades previstas em lei¹.

Dizem que a partir de então a parêmia do *auditur et altera pars* – ou “ouça ambas as partes”, como era conhecido na doutrina mais antiga – passou a ser inserida nos sistemas jurídicos de todas as sociedades civilizadas². A mais antiga referência ao brocardo se encontra na obra do escritor, filósofo e *quaestor* romano Sêneca (4 a.C. – 65 d.C.), mais especificamente na tragédia *Medeia*³: “*Qui statuit aliquid parte inaudita altera, Aequum licet statuerit, haud aequus fuit*” (Quem decide o que quer que seja sem ouvir a outra parte, mesmo que decida com justiça, não é justo).

Outros historiadores e doutrinadores⁴ situam as origens do que hoje enxergamos como ideia de contraditório no ano de 1215, através da Magna Carta Inglesa (*Magna Charta Libertatum*), na qual o conceito de devido processo legal acabou por trazer tacitamente a ideia de contraditório. Em seu art. 39 foi incutida a garantia conhecida mais tarde como devido

¹ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

² BODART, Bruno Vinícius da Rós. **O processo civil participativo - A efetividade constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 205, mar./2012, p. 335.

³ SÊNECA. **Medeia**. Tradução de Ana Alexandra Alves de Sousa. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011. p. 51.

⁴ LEITE, Gisele. **O princípio do contraditório no direito processual contemporâneo**. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul, v. 11, n. 61, jan./2015, p. 101-110.

processo legal ou processo justo que, *in litteris*, dizia: “Nenhum homem livre será detido ou aprisionado ou privado de seus bens ou dos seus direitos legais ou exilado ou de qualquer modo prejudicado [...] a não ser pelo julgamento regular dos seus pares ou de acordo com as leis do país”.

1.1.2 História do contraditório no Brasil

No que compete à tradição brasileira, o processo civil sempre foi usualmente preterido pelo constituinte nacional⁵; as Constituições anteriores a 1988 deixaram de consagrar expressamente o contraditório como garantia para o processo civil e administrativo brasileiro. Todavia, disposições constitucionais pretéritas, ainda que de forma tímida, esculpam as bases do moderno conceito do contraditório hoje vigente.

A Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179, VIII, prescrevia que, *verbis*: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei”.

Na Constituição Republicana de 1891, marcada pela influência da Constituição norte-americana de 1787, constou expressamente, no seu art. 72, § 16, que: “Aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas”.

Na Constituição de 1934, o art. 113, § 24, previu que: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciaes a esta”.

Na Constituição de 1937, como na de 1934, sob o signo de Getúlio Vargas, restou expresso em seu art. 22, nº 11, que: “À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois da pronúncia do indicado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias da defesa”.

Na Constituição de 1946, em seu art. 141, § 25: “É assegurado aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciaes a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao

⁵ WEDY, Gabriel Tedesco. **O princípio do contraditório como garantia constitucional**. Revista Jurídica. Porto Alegre, n. 350, dez./2006, p. 14 – 15.

preso dentro de vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”.

Após o Golpe Militar de 1964, a Constituição de 1967, em seu art. 150, § 15, passou a prever que: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”. A Constituição de 1969 (também conhecida como Emenda Constitucional nº 1/69) repetiu em seu art. 153, § 15, a redação da Constituição ditatorial de 1967.

Pelo fato da noção de contraditório sempre ter vindo relacionada à instrução criminal e à nota de culpa, nas Constituições anteriores, muitos constitucionalistas mais antigos chegaram à conclusão que somente se aplicava ao processo penal. Esse entendimento, no entanto, foi sendo superado por interpretações mais completas e harmônicas da Constituição, principalmente quanto ao § 4º, (primeira parte), do art. 153, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13/04/77, que contemplava o princípio da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle jurisdicional ao prescrever que “A lei não poderá retirar da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Atualmente a garantia do contraditório se encontra esculpida no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Comparativamente aos textos constitucionais anteriores, é perceptível a mudança paradigmática, posto que este passou a abarcar expressamente o processo civil e o processo administrativo na esfera de aplicação do contraditório.

O contraditório como garantia constitucional espalhou seus efeitos para toda a legislação infraconstitucional. Não foi diferente com o Código de Processo Civil, como estudaremos a seguir.

1.2 OS PRINCÍPIOS EM PROCESSO CIVIL – O CONTRADITÓRIO COMO UM PRINCÍPIO

1.2.1 O conceito de princípio

O direito de cada povo é reflexo de sua cultura e de sua tradição, uma vez que para a ciência jurídica não deve haver regras frias e indiferentes à realidade humana. O direito é uma ciência consubstanciada em valores que cada povo estabelece como padrões imanescentes

à convivência social⁶.

Para analisar o direito aos conflitos sociais, este se vale da incidência de normas. Entendendo o direito como ciência, parte-se da ideia de que o ordenamento jurídico não se resume a um emaranhado de normas positivadas, mas de um corpo de normas e conceitos que visa a propiciar certeza e coerência ao direito. Em última análise, tais conceitos consubstanciam-se em princípios.

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, princípio, na concepção jurídica, é o:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Exercem, entretanto, papéis diferenciados dentro do sistema normativo. As regras, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas; o que não ocorre com os princípios, que são normas gerais dentro do ordenamento. Dessa forma, torna-se imprescindível fixarem-se critérios de incidência dos princípios, pois tal irrestringibilidade não se coaduna com o Estado de Direito nem atende ao interesse público⁸.

Afirma Sálvio de Figueiredo Teixeira⁹ que “em Filosofia, o termo princípio tem dupla significação: é aquilo que explica a origem de um ser, de alguma coisa, no plano da existência, ou é isso relativamente ao plano do conhecimento. Em Direito Processual, são ideias diretoras”.

Nas palavras de Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁰:

[...] princípios são regras gerais, que orientam certos universos (no caso, o sistema jurídico), no plano de sua estrutura. Mas nem tudo o que existe num determinado universo obedece necessariamente aos princípios que estão na base de sua estrutura.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais do direito processual civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 23, jul./set. 1981, p. 174-175.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 629-630.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil da Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo: RT, 2000. p. 42.

⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O processo civil na nova Constituição**. Revista de Processo, São Paulo, v. 53, jan./mar. 1989, p. 78.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução?** Revista de Processo, São Paulo, v. 98, abr./jun. 2000, p. 296.

Claro que só se pode dizer que certo universo é orientado por alguns princípios, se a expressiva maioria dos elementos que este universo contém está com eles em harmonia. Mas não necessariamente todos os elementos. De fato, nos parece que a ideia de princípio é distante da de regra absoluta, que não possa comportar exceções.

É na função de aperfeiçoar a lei, como se vê, que os princípios assumem importância inestimável, porquanto são eles, muito frequentemente, os caminhos mais seguros tanto para preencher lacunas dos dispositivos legais, como também, e principalmente, para se chegar à interpretação mais fiel dos textos expressos da lei, ao espírito do ordenamento jurídico e ao objetivo visado pelo legislador¹¹.

O princípio pode atuar sobre outras normas de forma direta ou indireta.

A eficácia direta de um princípio “traduz-se na atuação sem intermediação ou interposição de outro (sub-)princípio ou regra¹²”. Nesse plano, os princípios exercem uma função integrativa: permite-se agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Apesar da ausência de previsão normativa expressa de algum comportamento necessário à obtenção do estado de coisas almejado, o princípio irá garanti-lo.

Há normas que servem à concretização dos princípios processuais. Os meios para alcançar esse “estado de coisas”, que o princípio busca promover, podem ser típicos, determinados por subprincípios ou por regras jurídicas, que servem para delimitar o exercício do poder e, assim, conter a arbitrariedade da autoridade jurisdicional, na construção da solução do caso que lhe for submetido.

Quando atuam com a “intermediação” de outras normas, fala-se que os princípios podem ser outros princípios (subprincípios) ou regras.

Um princípio do processo pode ser considerado um subprincípio: norma menos ampla, que se relaciona a outro princípio mais amplo. Um princípio pode, ainda, relacionar-se com regras, normas que em comparação a ele são ainda menos amplas.

Os subprincípios exercem uma função definitiva em relação aos princípios (normas mais amplas, que podem ser designadas como “sobreprincípios”): delimitam com maior precisão o comando normativo estabelecido pelo sobreprincípio.

As regras também exercem uma função definitiva em relação aos princípios, na medida em que “delimitam o comportamento que deverá ser adotado para concretizar as

¹¹ THEORODO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais do direito processual civil**. Revista de Processo, São Paulo. v. 23, jul./set. 1981, p. 175.

¹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 97.

finalidades estabelecidas pelos princípios¹³”. Assim, por exemplo, é exigência do princípio do contraditório que o órgão jurisdicional tenha o dever de dar oportunidade de a parte manifestar-se sobre a demanda que lhe foi dirigida, como trataremos mais profundamente neste trabalho. Esclarece-se, assim, que o princípio do contraditório garante o direito à defesa, mas não se encerra nesta definição: além de garantir o direito à defesa também deve garantir a participação com influência e a não-surpresa (manifestações que serão tratadas a seguir).

Os princípios exercem, ainda, em relação às normas menos amplas, uma função interpretativa, “na medida em que servem para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos¹⁴”. Não se admite uma interpretação de um texto normativo que dificulte ou impeça a realização do fim almejado pelo princípio.

Os princípios exercem, enfim, uma função bloqueadora: servem para justificar a não-aplicação de textos expressamente previstos que sejam incompatíveis com o estado de coisas que se busca promover.

Com efeito, os princípios que comandam as garantias processuais de cidadão são extremamente relevantes no contexto constitucional atual. Esta, ao se apresentar como sendo o conjunto de normas jurídicas fundamentalmente definidoras de nossa sociedade, há de permitir que sejam extraídos de seu conteúdo princípios com a capacidade de produzir efeitos processuais que garantem os direitos fundamentais por ela tutelados. Daí decorre a função primordial dos princípios constitucionais do processo para a eficácia dos direitos, liberdades e garantias oferecidas ao jurisdicionado.

Significa dizer que os princípios constituem-se em fontes basilares para qualquer ramo do direito, influenciando tanto em sua formação como em sua aplicação.

Conta Eduardo Lamy¹⁵ que:

O reconhecimento da existência de valores juridicamente consideráveis e de direitos fundamentais oriundos, especialmente do respeito à dignidade da pessoa humana, passou a ser amplamente difundido pelos ordenamentos ocidentais, mormente após o holocausto e a Segunda Guerra Mundial.

Embora frequentemente desconsiderado pela teoria geral do direito, tal reconhecimento trouxe para a ciência jurídica uma nova preocupação ligada tanto aos valores albergados pelo ordenamento quanto ao encontro dos métodos adequados às fundamentações decisórias valorativas.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 103.

¹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 98.

¹⁵ DE AVELAR LAMY, Eduardo. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 302, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301>>. Acesso em: novembro de 2015.

Em relação ao direito processual civil não seria de outra forma, já que os princípios estão presentes em dois instantes primordiais: na sua formação e na aplicação de suas normas.

1.2.2 Os princípios constitucionais processuais

Em se tratando do direito processual civil brasileiro, as normas de processo civil devem ser aplicadas à luz da Constituição Federal, e não simplesmente afastadas.

A ideologia social-democrata esprou seus efeitos ao Estado Liberal, modificando-o e reconhecendo que princípios e direitos fundamentais estiveram intimamente ligados, repercutindo, com isso, junto ao processo e às estruturas da prestação jurisdicional. Desde a década de 1970, os cientistas vêm divulgando a influência dos valores fundamentais sobre o desenvolvimento dos sistemas de justiça e sobre o direito processual¹⁶.

Como se sabe, a maior parte do elenco de princípios que fundamentam o direito constitucional processual¹⁷ está esculpida nos incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988, inserido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, o que demonstra a sua importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Na verdade, o direito constitucional processual surge como um novo ângulo, um novo enfoque de se vislumbrar o processo. Desde então, qualquer análise do processo que ignore essa perspectiva estará incompleta. Os cientistas tendem a concordar, hoje, com a necessidade de identificar-se uma teoria do processo adequada aos ditames constitucionais e, portanto, pensada a partir destes e não apenas oriunda dos institutos clássicos da relação jurídica processual (ação, jurisdição, defesa).

Esse novo momento requer mudança não apenas de mentalidade, mas também de postura dos operadores do direito, no sentido de se habituar à interpretação e aplicação das (novas) normas, partindo das disposições contidas nos textos constitucionais. Em um segundo momento, há de existir uma compreensão de que os instrumentos processuais são instituídos para efetivarem essas garantias constitucionais, no sentido de produzirem resultados

¹⁶ DE AVELAR LAMY, Eduardo. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 302 - 303, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301>>. Acesso em: novembro de 2015.

¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo: RT, 2000, p. 21.

almejados pelas reformas.

Exemplifica Pedro Miranda de Oliveira¹⁸:

Os princípios constitucionais do processo, conforme admitido pela doutrina majoritária, em síntese, consubstanciam-se nos princípios de devido processo legal, da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da publicidade, da efetividade, bem como o princípio da motivação das decisões judiciais.

A importância do direito processual vem logo rente àquela das normas constitucionais, haja vista que depois de estabelecida a organização do Estado, nada é mais urgente e necessário que a organização da jurisdição, a definição da maneira de exercê-la e a criação de instrumentos capazes de fazê-la funcionar. É através do sistema processual, com seus institutos, princípios e regras que o direito se aproxima da humanidade e da sociedade. É impossível falar de conduta sem conceber um sistema de aplicação.

Com efeito, é o processo que assegura a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição. Nas palavras de José Augusto Delgado, é “o único meio de se fazer com que os valores incorporados pela Constituição, em seu contexto, sejam cumpridos, atingindo o fim precípuo a que se propõe – o estabelecimento da paz social¹⁹”.

Daí a importância primordial dos princípios no processo, já que a fiel interpretação de seus preceitos e da correta aplicação dos seus institutos vai depender da sorte prática, não raras vezes, das normas dos demais ramos da ciência jurídica, que compõe o direito substantivo²⁰.

Apesar da importância, o direito processual, a rigor, sempre esteve afastado dos textos constitucionais. Não há grandes referências nas Constituições anteriores acerca do assunto e muitos foram os fatores influenciadores: (a) a fragilidade do direito constitucional (especialmente o direito constitucional brasileiro, que se viu diante de vários novos textos constitucionais em menos de 170 anos); (b) os longos períodos ditatoriais instalados no país, como Estado Novo (1937-1945) e o regime militar (1964-1985); (c) as dificuldades para estabelecer um Estado de Direito democraticamente regido, politicamente estável e

¹⁸ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 50.

¹⁹ DELGADO, José Augusto. **Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil**. Revista Jurídica, São Paulo, v. 285, jul./2001, p. 93.

²⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 51.

ideologicamente amadurecido, etc..

Entretanto, aos poucos, mormente a partir da Constituição Federal de 1988, cujo caráter é eminentemente principiológico, este quadro começa a se modificar e passamos a observar a constitucionalização de regras processuais. Houve um verdadeiro transporte dos princípios processuais para a Constituição Federal. Passou-se, então, a se admitir a natureza constitucional de algumas normas processuais. O legislador constitucional – garantista – observou que na Constituição Federal seria mais difícil a relativização das regras processuais (como o contraditório e a ampla defesa, para não citar outros), logo estas regras teriam maior estabilidade se ganhassem *status* constitucional. E assim foi feito: foram transportados para a Lei Maior todos os princípios considerados relevantes para o bem de garantir os direitos processuais dos cidadãos²¹.

Ensina Humberto Ávila²²:

Hoje é muito frequente na literatura jurídica e na jurisprudência brasileira a referência aos princípios processuais. Princípio é espécie normativa. Trata-se de norma que estabelece um fim a ser atingido. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.

Essa sistematização da teoria dos princípios serve, ainda, para explicar porque o Código de Processo Civil de 2015 não reproduziu, por exemplo, o enunciado do art. 126 do CPC de 1973, que mencionava os “princípios gerais do direito” como a última fonte de integração das lacunas do ordenamento jurídico. Esse texto era obsoleto. O juiz não decide a “lide” com base na lei; o juiz decide a “lide” conforme o “direito”, que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas: regras e princípios²³. Os princípios não estão “fora” da legalidade, entendida essa como Direito Positivo – os princípios a compõe²⁴.

O Novo Código de Processo Civil encampa claramente a teoria da força normativa dos princípios jurídicos.

Atualmente, para além de princípios ou regras processuais previstos no art. 5º da Constituição, fala-se em direitos fundamentais processuais. Na observação de Marcelo Lima

²¹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 20.

²² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 78 - 79

²³ Não se desconhece o pensamento de Humberto Ávila, que acrescenta os “postulados” ao rol de espécies normativas.

²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 50

de Guerra²⁵:

[...] o uso de terminologias como “garantias” ou “princípios” pode ter o inconveniente de preservar aquela concepção das normas constitucionais, sobretudo aquelas relativas aos direitos fundamentais, que não reconhece a plena força de tais normas, em suma, a sua aplicação imediata. Dessa forma, revela-se extremamente oportuno procurar substituir essas expressões terminológicas pela de “direitos fundamentais”, de modo teórico-dogmático que constitui o cerne do constitucionalismo contemporâneo, a saber, a teoria dos direitos fundamentais.

A observação é importante.

Os direitos fundamentais têm dupla dimensão: (a) subjetiva, de um lado, pois são direitos que atribuem posições jurídicas de vantagem a seus titulares e (b) objetiva, de outro, pois traduzem valores básicos e consagrados na ordem jurídica, que devem presidir a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico, por todos os atores jurídicos. Trata-se de encarar o direito fundamental como uma norma jurídica (dimensão objetiva) ou como uma situação jurídica ativa (dimensão subjetiva)²⁶. Na lição de José Carlos Vieira de Andrade²⁷:

Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objectivas de ordenação social.

Por outro lado, a dimensão objectiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjetiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjectivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de “direitos” aos indivíduos.

Assim, o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva)²⁸.

No primeiro caso, as regras processuais devem ser criadas de maneira adequada à tutela dos direitos fundamentais. No segundo caso, o legislador deve criar regras processuais adequadas aos direitos fundamentais, aqui encarados como normas, respeitando, por exemplo, igualdade das partes e contraditório.

²⁵ GUERRA, Marcelo. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 100.

²⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 54.

²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001. p. 111.

²⁸ Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

As normas que consagram direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5º, parágrafo 1º, CF/88), obrigando o legislador a criar normas processuais em conformidade com elas e, ainda, adequadas à tutela das situações jurídicas ativas (principalmente os direitos fundamentais).

Sucedem que as normas relativas a direitos fundamentais também obrigam o magistrado, que deverá proceder ao controle de constitucionalidade difuso das normas processuais quando, em um caso concreto, perceber que uma delas viola a pauta normativa constitucional. Daí surge o princípio da adequação judicial das normas processuais no momento da aplicação (controle incidental e concreto) e à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, que pregam a eficácia imediata e direta dessas normas.

Encaradas as normas constitucionais processuais como garantidoras de verdadeiros direitos fundamentais processuais, elas assim devem ser vistas e respeitadas.

Ensina Eduardo Lamy²⁹ que por meio da atual Constituição o nosso direito passou a dedicar maior atenção a interesses que vão além da solução dos litígios, subjetivamente considerados, reconhecendo inúmeros institutos, dentro e fora da ciência processual, tal a influência dos direitos fundamentais sobre os fenômenos de interpretação, produção e aplicação do direito. As constituições políticas contemporâneas não têm mais apenas o objetivo de delimitar a atividade do Estado em face do cidadão considerado individualmente. As demandas surgidas dentro das coletividades exigem do processo toda uma nova gama de respostas que ainda não estão prontas.

Não poderia ser diferente em relação ao princípio do contraditório: constitui-se fundamentalmente como um princípio do Estado de Direito e preleciona grande aposta em termos de uma nova teoria geral do processo, preocupada em fornecer as respostas que ainda não existem aos conflitos sociais.

1.2.3 O contraditório como um princípio

O princípio processual e constitucional do contraditório é, de maneira clássica, apresentado como a expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo e

²⁹ DE AVELAR LAMY, Eduardo. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 304, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301>>. Acesso em: novembro de 2015.

possibilidade de contrariá-los³⁰. Decorre do devido processo legal, como já dito, estando umbilicalmente ligado à ampla defesa, à isonomia e à cooperação, corporificando-se como verdadeiro meio de contenção do arbítrio do Estado em sua função judicante³¹.

Dada a sua importância, já vem sendo tratado expressamente como direito fundamental processual – conferindo ao cidadão o direito de desfrutar de instrumentos jurídicos processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou possam afetar os seus direitos.

Sob esse prisma, tem-se que o contraditório reclama complementação de seu tratamento, ávido a superar a visão estática que sempre lhe foi atribuída. O contraditório, em moderno enfoque conferido ao processo, não se configura tão somente como garantia processual para as partes, mas passa a representar verdadeiro fundamento vital do processo civil, sem o qual não é possível considerar sequer que existe processo (em uma visão fazzalariana na qual processo é procedimento em contraditório).

Coube a Elio Fazzalari, processualista italiano, estabelecer a natureza jurídico-científica do processo. Na década de 1950, por meio da reelaboração do conceito de procedimento (suficientemente genérico para comportar uma multiplicidade de particularidades), qualificou-se o processo como espécie de procedimento, dotada de relevante especificidade, qual seja, uma estrutura dialética que possibilita a participação dos interessados à fase preparatória do provimento judicial. Explica o professor Aroldo Plínio³² que: “O procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento”. Ronaldo Brêtas³³ identifica a teoria de Fazzalari como “teoria estruturalista do provimento”.

A ótica substancial do contraditório, como exposta, obviamente não se enquadrava no modelo processual vigente até metade do século passado, quando se acreditava que o julgador deveria se manter acima e distante das partes (em posição passiva),

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **O princípio do contraditório**. Revista Processual Geral do estado de São Paulo. n. 19. p. 21 – 38.

³¹ RUBIN, Fernando. **O contraditório na visão Cooperativa do processo**. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n. 94, jan./2011, p. 28

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 102

³³ Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 434

preocupando-se unicamente com o andamento regular do procedimento – mote da lógica burocrática – que, naturalmente, deveria caminhar para a prolação da decisão. Neste cenário, o contraditório esteve rebaixado a princípio externo e puramente formal, não obtendo os processos, em regra, os resultados esperados, que devidamente legitimassem o órgão judiciário a dirimir os conflitos.

A partir da segunda metade do século XX, os reclames por uma nova ordem social e processual incluíram em suas pautas novos valores como a efetividade do processo³⁴, que passaram a ser previstos inclusive no texto constitucional, além da ocorrência de fenômenos modernos que exigiram que a garantia do contraditório fosse repensada de uma maneira mais ampla. Até esse momento era muito comum aplicar-se e interpretar-se determinado ramo do direito levando-se em consideração apenas a principal lei ordinária que o regulamentava. A atual influência dos direitos fundamentais sobre o direito processual tem contribuído significativamente para a paulatina e profunda modificação dos seus elementos teóricos e operativos.

Dentre os referidos fenômenos, há de se destacar os seguintes³⁵:

- (a) o desenvolvimento de uma dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal (a exigir normas processuais e materiais que propiciem um julgamento formal e materialmente admissível, incentivando que os participantes do processo enfrentem criticamente as normas que possam vir a decidir o jogo, não as aceitando invariavelmente como comando abstrato e infalível do juiz);
- (b) a revitalização do caráter problemático do direito diante da complexidade do mundo contemporâneo (a exigir uma maior cooperação para o equacionamento jurídico dos novos problemas levados ao judiciário);
- (c) a tomada de consciência de que o juiz é também um agente político do Estado, portanto do poder deste e expressão da democracia nos Estados de Direito (a exigir autêntica garantia da democratização do processo);
- (d) a própria verificação, na prática forense, das desigualdades, de várias ordens, que se mantêm entre as partes componentes do processo (a exigir mais que uma igualdade meramente formal) e;
- (e) a complementar tomada de consciência de que a qualificação profissional e os amplos instrumentos de pesquisa de que passou a dispor o magistrado não torna desnecessária a cooperação, já que, em face da nova realidade que se apresenta, mostra-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial (a exigir o estabelecimento do diálogo entre todos os integrantes da relação jurídica processual, o que determinaria, sem dúvidas, em uma ampliação do quadro de análise, favorecendo a formação de um juízo mais aberto e democrático).

Neste período (meados do século XX), e frente às sobreditas alterações históricas,

³⁴ RUBIN, Fernando. **O contraditório na visão Cooperativa do processo**. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n. 94, jan./2011, p. 29.

³⁵ RUBIN, Fernando. **O contraditório na visão Cooperativa do processo**. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n. 94, jan./2011, p. 29 – 30.

a garantia do contraditório toma um novo corpo, recuperando-se o valor essencial do diálogo judicial para a formação do comando final. Em novos tempos, portanto, volta-se a incentivar a substituição da “demonstração” (unilateral) pela “construção” (plurilateral).

Conta Klaus Cohen Koplin³⁶:

Verifica-se que o contraditório mereceu atenção de inúmeras legislações surgidas no Pós-Guerra. É o caso da Constituição [sic] alemã (art. 103, I), que o define não apenas como princípio objetivo, estruturante da ordem jurídica, mas como verdadeiro direito fundamental dos litigantes. Vários tratados internacionais definidores de direitos humanos consagraram esse direito, podendo-se apontar a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6º), Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º) e o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos (art. 14). Vários códigos processuais mais atuais preocuparam-se em reafirmar e disciplinar o dever de debate do juiz para com as partes, destacando-se, como se sabe, o *Code de Procédure Civile* francês (art. 16), a *Zivilprozessordnung* alemã (redação reformada do seu § 139), o *codice di procedura civile* italiano (art. 183, n. 3) e o novo CPC português (art. 3º, n. 3, e art. art. 7º).

Realmente, nota-se que o processo hoje deve estar voltado para o futuro, já que o critério estabelecido em um determinado julgado cada vez mais produz efeitos para coletividade, servindo de base para casos semelhantes futuros que venham a ser apreciados – a abordagem nova aqui trata de enaltecer a transcendência da decisão do juiz, potencializando inclusive a sua função criativa³⁷, a partir da verificação da existência, por um lado, de uma (a) massificação dos litígios e de uma proximidade cada vez maior do indivíduo à coletividade de que faz parte (tornando menos estanque a separação entre o que é de “interesse privado” daquilo que é de “interesse público”) e, de outro lado, (b) as características da nova legislação a ser implementada com a promulgação da Lei 13.105/15 – o Novo Código de Processo Civil.

Assim, sem dúvida, dentro dessa nova análise do princípio do contraditório, há um alargamento da sua importância no processo, de modo que deve ele estar presente (e ser lembrado) a todo o tempo, estabelecendo uma relação mais continuada e próxima entre os figurantes da lide, aqui se incluindo o juiz. De fato, a reclamação moderna relaciona-se à exigência de uma decisão judicial mais próxima da realidade discutida – em que haja enfrentamento da questão meritória – dando-se prioridade à matéria e não à forma.

Do que já foi exposto surgem, como reordenadas concepções, o seguinte³⁸:

³⁶ KOPLIN, Klaus Cohen. **O Novo CPC e os direitos fundamentais processuais**. Disponível em <https://www.academia.edu/11854909/O_novo_CPC_e_os_direitos_fundamentais_processuais>. Acesso em novembro de 2015.

³⁷ RUBIN, Fernando. **O contraditório na visão Cooperativa do processo**. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n. 94, jan./2011, p. 31.

³⁸ RUBIN, Fernando. **O contraditório na visão Cooperativa do processo**. Revista Dialética de Direito Processual - RDDP, São Paulo, n. 94, jan./2011, p. 32 – 33.

- (a) o contraditório estende sua importância para muito além da fase postulatória, já que a mera angularização processual é apenas o marco inicial de construção da decisão final;
- (b) o contraditório passa, na estrutura dinâmica, a relacionar diretamente não só as partes, mas também o julgador, que não se vê afastado do jogo, mas ativamente participativo, nos limites que não comprometa sua imparcialidade – daí decorrendo a relativização do [*da*] *mihi factum, dabo tibi ius*, pois não teria mais espaço para uma separação tão absoluta entre o que caberia às partes (os fatos) e o que caberia ao juiz (o direito), se estão tão complementarmente unidos na busca da síntese fático-jurídica que oriente o julgamento do feito³⁹;
- (c) o contraditório passa a exigir atuação mais presente e honesta também das partes; e;
- (d) o contraditório participativo tende a reduzir o arbítrio judicial, sendo mais previsível a posição que o julgador irá tomar, além de ser mais objetivo o controle da motivação da decisão, facilitando a confecção de um sistema de precedentes juridicamente seguro.

A superação da visão tradicional do princípio do contraditório e a inserção de sua nova semântica dentro do Novo Código de Processo Civil demonstram que os anseios de influência e não-surpresa do encartados no direito constitucional processual e na doutrina finalmente serão observados com o devido respeito pela nova lei, revelando a imprescindibilidade do contraditório como princípio fundador do processo.

³⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 133 – 150.

2 UMA NOVA SEMÂNTICA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA E NÃO-SURPRESA

2.1 PROCESSO É PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Em 1958, Elio Fazzalari⁴⁰ realizou uma célebre prolação na qual, seguindo, a linha de raciocínio Feliciano Benvenuti⁴¹, afirma ser o processo um esquema mais complexo de procedimento.

Diferenciou, porém, o procedimento do processo pela existência neste de uma estrutura dialética que possibilita a participação dos interessados à fase preparatória do provimento (decisão), permitindo a simetria de posições subjetivas e garantindo a qualquer dos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro desta estrutura⁴².

Existe, assim, processo, quantas vezes a norma predisponha para o cumprimento de uma atividade a estrutura dialética que permita aos interessados de participar à fase de reconhecimento dos pressupostos sobre a condição de recíproca e simétrica paridade, ou seja, existiria processo toda a vez que houvesse contraditório⁴³.

Fazzalari retira o instituto da jurisdição do conceito de processo e diz que este consiste, na realidade, no procedimento em contraditório (princípio fundamental do processo), pois na base de qualquer providência ou medida a ser tomada através dele sempre estará o procedimento – não a jurisdição, necessariamente.

Evidentemente que de lá para cá se percebeu que a estruturação de um processo necessita da implementação de um conjunto de garantias processuais constitucionais (modelo constitucional de processo) na qual o contraditório constitui uma importante, mas não única garantia⁴⁴. A influência dos direitos fundamentais sobre a teoria e a prática processuais é tão

⁴⁰ FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti della doutrina**. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milão: A. Giuffrè, n. 3, 1958. p. 193.

⁴¹ BENVENUTI, Feliciano. **Funzione amministrativa, procedimento, processo**. Rivista trimestrale di Diritto Pubblico. Milão: A. Giuffrè, ano II, 1952.

⁴² FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti della doutrina**. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milão: A. Giuffrè, n. 3, 1958. p. 869.

⁴³ FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti della doutrina**. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milão: A. Giuffrè, n. 3, 1958. p. 870.

⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, Síntese, v. 29, mai./2004, p. 74.

profunda que não apenas os conceitos de tutela jurisdicional e de processo tendem a ser redefinidos como também a própria teoria processual necessita ser repensada desta nova dimensão.

Constata-se que o estudo do contraditório dentro da perspectiva de um Estado Constitucional de Direito ou Estado Democrático de Direito é de enorme atualidade e utilidade na análise da construção de uma estrutura processual constitucionalmente adequada.

2.2 CONTRADITÓRIO COMO MANIFESTAÇÃO DA DEMOCRACIA DENTRO DO PROCESSO

Neste Estado Democrático, os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos passivos nos assuntos que lhes tragam interesse, mas devem atuar ativamente dentro dos espaços públicos de debate, inclusive o judicial – e este é o cerne da garantia do contraditório.

Conta Dierle Nunes que⁴⁵:

Desde o direito comum, passando pelo início do século XIX, o princípio do contraditório era considerado um símbolo dos direitos naturais, sendo que a literatura europeia costumava afirmar que ele encontrava seu fundamento em um “princípio de razão natural”, sendo imanente ao processo.

Entretantes, paulatinamente o princípio foi perdendo sua importância ético-ideológica, o que de certo modo coincide com a transição de um processo liberal dominado pelas partes (*Sache der Parteien*) para um processo onde o protagonista é o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual.

Chegou-se a crer, nos anos 30 do século passado, que a falta do contraditório (a falta da cooperação das partes) não impedia a obtenção de uma decisão justa.

Determinada corrente doutrinária ligada à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista chegou ao extremo de defender a supressão do contraditório no processo civil e a absorção do “processo de partes” no procedimento oficioso de jurisdição voluntária.

Após o segundo pós-guerra, com a mais ampla constitucionalização de garantias processuais, o estudo destas e o interesse pela colaboração das partes proporcionaram novos horizontes de análise para o princípio do contraditório.

O princípio do contraditório, portanto, é reflexo do princípio democrático da estrutura do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder⁴⁶.

Historicamente é possível observar duas conhecidas dimensões do princípio do

⁴⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, Síntese, v. 29, mai./2004, p. 74 – 75.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 255 – 258.

contraditório: a dimensão meramente formal e a dimensão material ou substancial (como se adota neste trabalho).

O que privilegiamos hoje como contraditório substancial pode ser decomposto em duas grandes garantias: (a) participação com possibilidade de influência na decisão e (b) não-surpresa.

2.2.1 O contraditório meramente formal

Garantir a participação no processo é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se do direito de ser comunicado dos atos do processo e deles poder se manifestar (garantia de falar⁴⁷). Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente ao dar vista dos autos à parte.

Na concepção de Alexandre Freitas Câmara:

[...] embora seja perfeitamente possível afirmar-se, a partir da Constituição da República, que o contraditório é garantia de participação com influência e de não surpresa, certo é que esta concepção, forte na doutrina, e com algum impacto na jurisprudência, a verdade é que na prática o contraditório continuou a ser observado, no processo judicial, de maneira eminentemente formal. Assegurava-se às partes o ‘direito de falar’, mas não se respeitava seu ‘direito de ser ouvido’. O contraditório precisa ser compreendido como ‘direito de ser ouvido’, que é muito mais do que o mero ‘direito de falar’. Não é por outra razão que nos textos jurídicos de língua inglesa o contraditório é chamado de *right to be heard* (direito de ser ouvido), como se pode ver, por exemplo, em Frédérique Ferrand.

Conforme Reis Friede⁴⁸, o contraditório formal traduz-se por uma:

[...] incontestável ficção processual, tendo em vista que o mesmo somente possui aplicação prática nas hipóteses restritivas em que o processo concerne a uma denominada jurisdição impropriamente considerada (jurisdição extensiva), desprovida de caráter material (satisfatividade inerente ao direito substantivo reclamado) e ausente da índole meritória (como nos casos relativos à tutela de segurança cautelar), permitindo, ao reverso da regra constitucional, que o julgador decida um incidente nitidamente processual ou um aspecto não meritório (a concessão de medida liminar de natureza cautelar, por exemplo) excepcionalmente *inaudita altera parte* – ou seja, sem a prévia e anterior oitiva de uma das partes, ainda que condicionada a sua necessária e posterior manifestação – constituindo-se, por consequência, em um contraditório de nítida feição processual (desprovida, pois, de conteúdo material e dotado apenas de continente formalizante) e que, embora também deva se estabelecer, em regra, *a priori* (observe que a concessão de liminares *inaudita altera parte* se caracteriza sempre como exceção), pode, em

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo CPC e o princípio do contraditório**. Disponível em <<http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/>>. Acesso em outubro de 2015.

⁴⁸ FRIEDE, Roy Reis. **Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 946, ago./2014, p. 113 – 125.

situações excepcionais, se perfazer *a posteriori*.

Obras da literatura jurídica clássica nacional difundiram a noção de contraditório como o “princípio da audiência bilateral”, principalmente em uma perspectiva de que “ao réu terá que ser garantida a oportunidade de defender-se⁴⁹”. Essa percepção estática do contraditório continua sendo transmitida e assimilada pelos profissionais do direito, sejam eles professores, ministros, desembargadores, advogados ou membros do Ministério Público.

A *ratio* do contraditório aqui é permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas processuais desfavoráveis. Identifica-se, portanto, um binômio⁵⁰ essencial em torno do qual gravita o princípio: informação-reação.

Explica Antonio do Passo Cabral⁵¹:

O primeiro braço deste binômio é o direito de informação (*Recht auf Benachrichtigung*). Com efeito, o contra-ataque de um dos sujeitos do processo depende da ciência necessária do gravame sofrido ou potencial, sendo absolutamente imperativo o conhecimento acerca da realização e consequência dos atos processuais, materializado pelos mecanismos de comunicação previstos no processo, notadamente a citação, as intimações e as cartas (rogatória, precatória e de ordem). Ligado à ciência dos atos está o segundo polo que compõe o núcleo essencial do princípio, a garantia de expressão (ou de reação) no processo (*Recht auf Äusserung [sic]/recte Äußerung*). As partes têm direito de manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos, sendo-lhes facultadas as vias oral e escrita através de seus advogados ou mesmo pessoalmente quando dispensada a capacidade postulatória.

Contudo, há mais dentro do conceito de contraditório que apenas informação-reação – existe verdadeiro substrato democrático a ser permitido e garantido dentro do processo, modernamente entendido como princípio do contraditório substancial.

2.2.2 O contraditório material (ou substancial)

Para o professor José Manuel Lebre de Freitas, o conceito de audiência bilateral é válido, porém restritivo. É necessária sua complementação por uma “noção mais lata de contraditoriedade, com origem na garantia constitucional do *rechilches [sic] [recte rechtliches] Gehör* germânico, entendida como a garantia de participação efetiva das partes

⁴⁹ SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, v. I, 1967. p. 387. A título exemplificativo, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 61 e JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. p. 60.

⁵⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. Revista de Processo, São Paulo, v.126, ago./2005, p. 61.

⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. Revista de Processo, São Paulo, v.126, ago./2005, p. 61.

no desenvolvimento de todo o litígio”. Segundo o professor⁵², tal garantia concretiza-se:

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

Essa nova noção proveniente do direito alemão descortina a dimensão material do princípio (ou dimensão substancial, como se adota neste trabalho). Trata-se do poder de influência da parte perante o processo em que está envolvida. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo, apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório: é necessário que se permita que ela realmente seja ouvida (garantia de ser ouvido), é claro, em condições de influenciar a decisão do órgão jurisdicional.

Como adverte Tocker, o objetivo central da garantia do contraditório não é a defesa entendida em sentido negativo, isto é, como oposição ou resistência ao agir alheio, mas sim a “influência”, entendida como *Mitwirkungsbefugnis* ou *Einwirkungsmöglichkeit* [sic] [*recte Einwirkungsmöglichkeit*], da demanda. De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações⁵³.

Compreender o processo como relação jurídica, fruto de uma construção individualista do século XIX, na qual se estabelecem vínculos de coordenação ou subjugação entre os participantes, obscurece seu papel como mecanismo de participação política e efetivação da cidadania. Aroldo Plínio Gonçalves⁵⁴ destaca:

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

Não é difícil perceber que, enquanto a jurisdição tiver sua legitimidade sustentada em um atributo mítico (capacidade de realizar justiça e paz social), a participação das partes interessadas será sempre secundária, pois terá o juiz papel preponderante no processo. Tradicionalmente, aceitando a existência de uma relação jurídica instrumental diferenciada das relações jurídicas de direito material, o processo é conceituado como sendo o meio através

⁵² FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 96 – 97.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 258 – 259.

⁵⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 100.

do qual a jurisdição, substituindo-se às partes, diz o direito. Trata-se de conceito preocupado com a carga declaratória das decisões jurisdicionais, pois se a tutela jurisdicional é aquela que “diz o direito”, equipara-se a atividade eminentemente jurisdicional à tarefa de declarar qual das partes tem razão, sem se preocupar com a execução dessa razão no melhor estilo “ganha mais não leva”.

Explica Eduardo Lamy⁵⁵ que “a figura do juiz, no imaginário coletivo, assemelhou-se à figura de Deus-Pai, pois o julgador declara, aos olhos da sociedade, o que é justo e o que é injusto, o que se pode e o que não se pode fazer, nas mais diversas lides que lhe são submetidas. O significado da figura paterna, especialmente pelos estudos de Freud, demonstra, desde a infância, a distinção entre o que é certo e o que é errado, entre o que se pode e o que não se pode fazer: a noção de limites; a noção de até onde se pode ir”.

Consoante Dierle Nunes⁵⁶, no Estado Democrático de Direito:

[...] os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, e este é o cerne da garantia do contraditório.

As guerras do século XX, e demais marcos de rompimento das visões ditatoriais de mundo, refletiram no processo como uma conscientização valorativa que parecia ter sido esquecida: a da democracia. É nesse substrato que as garantias do contraditório substancial se mostram imprescindíveis, visto que consagram expressamente os princípios fundamentais dentro do processo.

2.3 A GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO COM INFLUÊNCIA NO PROCESSO

Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência – a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber que o contraditório não se efetiva apenas com a comunicação dos atos à parte e sua mera vista dos autos; exige-se a participação com possibilidade de influenciar no conteúdo da decisão.

O princípio do contraditório, que posteriormente à construção de Fazzalari

⁵⁵ DE AVELAR LAMY, Eduardo. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 306, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301>>. Acesso em: novembro de 2015.

⁵⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Boletim técnico da Escola Superior da Advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte, v. I, p. 40.

assumiu feição constitucional, tornou-se, portanto, a peça-chave da estrutura participativa do processo e uma regra essencial do procedimento jurisdicional, condicionando a validade da decisão final do juiz.

O diálogo jurídico que se estabelece no processo por meio do contraditório, aliado à legalidade que rege a atuação das partes, elimina a subjetividade do julgador e, via de consequência, a prolação de decisões arbitrárias (manifestação inconstitucional do poder político). Ao propiciar um espaço participativo (de controle e fiscalização popular), gera racionalidade técnica na condução do procedimento, apta a superar o exercício da atividade jurisdicional marcada pela arbitrariedade, discricionariedade, subjetivismo e messianismo, pelas individualidades carismáticas ou pela síndrome das próprias convicções.

Neste sentido, conta Antonio do Passo Cabral⁵⁷ que:

[...] foi modificado recentemente o § 139 da *Zivilprozessordnung* alemã. A antiga redação do dispositivo já consagrava o denominado *Hinweispflicht*, dever do julgador de provocar as partes a esclarecer todos os fatos relevantes para a decisão, de externar a mudança de sua visão jurídica a respeito de uma questão discutida, bem como se fosse julgar contrariamente ao entendimento jurisprudencial dominante. Na nova redação, a norma reforça a ideia de debate, proibindo que o órgão jurisdicional julgue certa matéria controvertida com fundamento em ponto de vista valorado e argumentado de maneira diversa de ambas as partes (ou por ela reputado irrelevante), sem que antes lhes permita manifestação a respeito, e mesmo aquelas questões que poderiam ser conhecidas *ex officio*.

É válido salientar que não pode ser admitida dosagem do contraditório conforme o “prudente arbítrio do juiz⁵⁸”. O exercício limitado da garantia fundamental, às vezes sutil, frustra o objetivo constitucional, pois a dialética processual só pode ser vista sob o enfoque da plenitude ou da deficiência gravosa. Ou respeita-se o contraditório ou não: não existe meio-termo. Ele deve ser entendido de uma vez por todas como princípio que rege o procedimento e não atributo consentido e dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízes personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador.

Encontrar respostas para questões complexas é tarefa que exige participação de todos os envolvidos na relação jurídica processual. As questões mais importantes no Estado Democrático de Direito contemporâneo não aceitam mais “respostas prontas”, recortadas e coladas dos atributos míticos do juiz que não se prestou a ouvir – verdadeiramente – as partes. Trata-se de admitir que a participação com influência não se presta a um favor concedido aos

⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. Revista de Processo, São Paulo, v.126, ago./2005, p. 66 – 67.

⁵⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 52.

envolvidos, mas serve como um dos alicerces justificadores de toda uma nova teoria processual preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais.

2.4 A GARANTIA DE NÃO-SURPRESA NAS DECISÕES JUDICIAIS

Essa dimensão substancial do contraditório impede a prolação de decisão-surpresa, pois toda a decisão deverá antes passar pelo contraditório. O Estado Democrático de Direito não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do direito⁵⁹. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para a aplicação das normas jurídicas.

Sem pretensão exauriente, constatam-se várias formas de prolação da decisão-surpresa: (a) inversão do ônus da prova no ato da decisão; (b) utilização de prova emprestada, colhida sem a observância da instrução contraditória; (c) utilização de “sentença emprestada” para julgar improcedente o pedido do autor (art. 285-A do CPC de 1973); (d) inovação, na decisão, sobre a individualização nas normas aplicáveis ao caso concreto; (e) ausência de intimação do embargado antes de acolher os declaratórios com efeitos infringentes; (f) extinção do processo, com base em matéria de conhecimento oficioso, sem propiciar contraditório prévio; (g) indeferimento da petição inicial, com extinção do processo, sem intimar a parte autora para que a corrija (art. 284 do CPC de 1973); etc..

Como poderia o órgão jurisdicional punir alguém sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Não é lícita a aplicação de qualquer punição processual sem que se dê oportunidade de o possível punido manifestar-se previamente, de modo que seja possível, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Dierle Nunes outrora afirmou que a transferência cada vez maior de poderes para o juiz, em reforço à postura solitária de proferir decisões, conduz ao “esvaziamento do papel do contraditório em nosso país⁶⁰”.

A constatação do professor Dierle levanta o problema das decisões-surpresa, ainda insipiente na doutrina pátria, mas que há muito vem sendo debatido nas legislações da

⁵⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 61.

⁶⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Boletim técnico da Escola Superior da Advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte, v. I, p. 46, jan./jun. de 2004.

Europa. O Código de Processo Civil português, em seu art. 3º, parágrafo 3º, determina:

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

Na França, o *Nouveau Code de Procedure Civile*, ao tratar do contraditório no art. 16, dispõe que o juiz “não pode reservar para si, na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, que elas próprias não tenham posto em debate contraditoriamente”. E o julgador também “não pode fundar sua decisão sobre os meios de direito levantados de ofício, sem ter previamente instado as partes a apresentar suas observações⁶¹”.

A expressão decisão-surpresa (no direito italiano, *decisione a sorpresa*; no direito alemão, *Überraschungentscheidungen*) refere-se a uma espécie inconstitucional de pronunciamento judicial, embasada em argumento obtido unilateralmente pelo juiz, sobre o qual não é concedida a oportunidade prévia de debate. Nesse caso, o prolator da decisão surpreende uma ou ambas as partes, pois a elas se antecipa e suscita fundamento inédito, comportando-se como em um monólogo, em desprezo à dialética racionalidade decisória. Consoante à lição de Lebre de Freitas⁶²:

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

A teratologia decorrente da decisão-surpresa fica evidenciada pela impossibilidade das partes de exercerem influência na decisão judicial (violação do contraditório), justamente porque o fundamento decisório provém unicamente da opinião do julgador.

Leonardo Carneiro da Cunha⁶³, que diz:

⁶¹ Tradução de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, extraída da obra **Exame técnico e sistemático do código de processo civil reformado**. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 436.

⁶² FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 103.

⁶³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O princípio do contraditório e a cooperação no processo**. 2015. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao>>

Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz. O contraditório guarda estreita relação com o princípio da isonomia, exatamente porque as partes devem dispor da possibilidade de expor suas versões, apresentar suas defesas e participar, enfim, do processo em idênticas oportunidades. Significa que a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de defesa pelo réu, para passar a ser a influência no desenvolvimento e no resultado do processo, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão da participação: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício. O juiz é sujeito do contraditório. Este não concerne apenas às partes, mas também ao juiz.

A colocação de qualquer entendimento jurídico como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa. Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não-surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em solitária onipotência aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes.

A decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório. Toda vez que o magistrado não exercita ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objetivo relevante para o contraditório, o provimento é inválido, sendo que a relevância ocorre se ponto de fato ou de direito constitui necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*). Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um grande garante de sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que exista a efetiva possibilidade de seu exercício.

2.5 O JUIZ COMO DESTINATÁRIO E GARANTIDOR DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

Dierle Nunes reafirma que a moderna leitura de contraditório como garantia dinâmica gerou em “dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda⁶⁴”. O autor refere-se ao dever imposto ao magistrado de provocar o “debate preventivo” com os litigantes, relativo a todas as questões que possam ser levadas em

no-processo/>. Acesso em setembro de 2015.

⁶⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Boletim técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte. v. I, p. 46, jan./jun. de 2004.

consideração nos provimentos jurisdicionais.

Nelson Nery Júnior⁶⁵ ressalta que o direito de invocar o contraditório em seu favor é titularidade de todos aqueles que tenham alguma pretensão material a ser deduzida, abrangendo, portanto, autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo, assistente simples ou litisconsorcial, Ministério Público, etc.. Já às testemunhas e aos peritos, por serem apenas auxiliares da Justiça, não assiste o direito ao contraditório. Por fim, cabe ao juiz o dever de assegurá-lo.

Não se pode olvidar, então, a relevante participação do juiz no contraditório. Eis a razão pela qual Cândido Rangel Dinamarco⁶⁶ pondera que:

A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não como mera faculdade (o juiz não tem faculdades no processo, senão deveres e poderes). A doutrina moderna reporta-se ao disposto no art. 16 do *Nouveau Code de Procedure Civile* francês, como a expressão da exigência de participar endereçada ao juiz. Diz tal dispositivo: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório”. E também ao moderníssimo Código de Processo Civil português, em sua redação atual, estabelece que o “juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem” (art. 3º, 3).

O juiz não deve surpreender as partes na sentença com pontos de vista jurídicos não analisados na fase preliminar: se isso acontecer, a própria noção de processo estará violada. A decisão-surpresa é uma mácula na administração da justiça, visto que subverte a confiança daqueles que procuram dirimir seus conflitos através do provimento jurisdicional. O contraditório substancial deve ser desenvolvido em todo o *iter* processual, em relação tanto às atividades das partes quanto às atividades do juiz, de modo que o exercício de poderes oficiosos constitua expressão de um princípio de colaboração e não de autoridade no processo.

Trata-se de uma nova forma de pensar o direito processual como instrumento para a efetivação do direito material, passando pela reconceituação de vários dos institutos essenciais do processo, o que justificaria, até mesmo, definirem-se as bases para uma nova teoria geral da disciplina: uma teoria que não esteja fundada apenas em institutos da relação jurídica processual, da ação, da jurisdição e da defesa, mas também, e principalmente, nos

⁶⁵ NERY JÚNIOR Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 221 – 222.

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I, p. 131.

direitos fundamentais, reestruturando o processo a partir dos seus princípios constitucionais⁶⁷.

A tutela jurisdicional é muito mais que uma resposta da jurisdição ao pleito que lhe é formulado, pois o direito contemporâneo, processual ou material, encontra-se impregnado pelos valores humanitários. Tais valores, aqui destacados pelo contraditório substancial, conclamam cada indivíduo, especialmente os magistrados, para um compromisso em relação à solução honesta dos conflitos.

2.6 HIPÓTESES DE EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

Não se ignora a existência de exceções ao princípio do contraditório (substancial) dentro da sistemática processual civil. Talvez o exemplo mais didático seja a concessão de antecipação de tutela sem a oitiva da parte contrária – *inaudita altera parte*. Mas, mesmo nesse exemplo, a parte que sofrerá com a antecipação dos efeitos da sentença terá oportunidade de manifestação contrária assim que tomar ciência da determinação judicial, podendo contestar os fundamentos que levaram o juízo à concessão da antecipação, pois o conteúdo mínimo do contraditório foi assegurado.

Mesmo assim, pode surgir uma questão: como conciliar essa possibilidade de se admitir a existência de providências determinadas pelo juiz sem a ciência da parte contrária se a Constituição garante, às partes, o direito ao contraditório material?

A solução ao dilema sugerida por Reis Friede⁶⁸ é no sentido da hermenêutica constitucional:

É sabido que qualquer interpretação de texto infraconstitucional ordinário – aí incluído, portanto, os de natureza processual – deve, sempre e sempre, buscar harmonização com o texto constitucional [...]. À luz desses princípios, tem-se que a única alternativa plausível capaz de justificar a possibilidade de deferimento liminar de tutela jurisdicional sem a audiência do réu – e, por isso, aparente desrespeito ao princípio constitucional do contraditório – é buscar apoio em outro princípio processual constitucional: o princípio do devido processo legal, constante no art. 5º, LIV, da Constituição da República. Ou seja, se a providência consta expressamente de texto de lei processual; se o juiz observou a lei para atingir os objetivos do processo; se há, em resumo, previsão legal para aquela providência; enfim, se foi observado o rigor processual previsto em lei, então é possível admitir a possibilidade

⁶⁷ DE AVELAR LAMY, Eduardo. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 310. dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301>>. Acesso em: novembro de 2015.

⁶⁸ FRIEDE, Roy Reis. **Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 946, ago./2014, p. 113 – 125.

de eventual quebra dos rigores do princípio do contraditório (material). É como se um princípio compensasse o outro, como um e outro se equilibrando reciprocamente. Assim, e desde que há previsão legal para concessão de tutela cautelar liminar sem prévia citação do réu [...] é possível ao juiz aparentemente “violar”, “desobedecer” o princípio do contraditório (em sua vertente material) ao amparo do princípio do devido processo legal, e deferir a medida pretendida pelo autor sem audiência da parte contrária (perfazendo-se um oportuno contraditório formal, *a posteriori*). Essa argumentação vale para todas as hipóteses em que há possibilidade de antecipação de provimento jurisdicional sem citação do réu. [...] Por isso, toda a vez que houver possibilidade de antecipação de tutela jurisdicional sem citação do réu, é preciso que haja expressa previsão para tanto em texto de lei. E, com isso, estar-se-á prestigiando o princípio do devido processo legal.

Resume Lilian Rodrigues Mano⁶⁹ que:

Em regra, exatamente pelo alcance do contraditório de possibilitar a influência das partes na formação da decisão judicial, a oportunidade de manifestação deve ser anterior a esta. Assim, apenas excepcionalmente o contraditório pode ser postergado, tal como ocorre da concessão de tutelas de urgência sem prévia oitiva da parte adversa, quando presentes os requisitos necessários para tanto.

Sérgio Gilberto Porto⁷⁰, em obra coletiva sobre tutelas de urgência, coordenada por Donaldo Armelin, destaca que:

[...] embora esteja a vigor com toda a sua plenitude e força a garantia do contraditório, há hipóteses em que, levando em conta o conflito de eventuais prejuízos, poder-ser-á mitiga-lo para diferi-lo no tempo, e isso ocorre exatamente nas hipóteses em que há urgência no deferimento de medidas liminares, em face do risco posto a exame que nada mais é do que o acesso efetivo à justiça, prometido, também, pela própria Constituição (art. 5º, XXXV, CF).

Fica claro, portanto, que mesmo nas excepcionais hipóteses em que a oportunidade do contraditório é relegada para momento posterior à decisão (que, por óbvio, não deve ser a final), não resta afastado o conteúdo da garantia de permitir a reação da parte afetada e a possibilidade de ter seus argumentos considerados, inclusive, para a reversão da medida.

Vale dizer, ainda, que o contraditório se aplica tanto ao processo de conhecimento quanto ao processo de execução. É óbvio que o princípio não se aplica na fase executiva da mesma forma que se aplica na fase cognitiva: na execução o contraditório passa a ser garantido em seu conteúdo mínimo, enquanto que no processo de conhecimento a sua não aplicação em carga máxima faz sucumbir a decisão prolatada. O contraditório no

⁶⁹ MANO, Lilian Rodrigues. **A necessária observância do contraditório para a formação de uma decisão judicial legítima e a proibição de decisão surpresa.** Revista Forense. n. 420. p. 456.

⁷⁰ PORTO, Sérgio Gilberto; ARMELIN, Donaldo (Coord.) **As liminares inaudita altera parte e a garantia constitucional-processual do contraditório. Tutelas de urgência e cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.025.

procedimento executivo é formal, porquanto depende da provocação do executado, que não é chamado a juízo para defender-se, mas sim para cumprir uma obrigação. Não é correto, portanto, dizer que não existe contraditório no procedimento executivo, mas sim que ele é assegurado em sua faceta tradicional.

2.7 O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL COMO UMA NOVA CULTURA JURÍDICA

Fica evidente a necessidade de aprofundamento do estudo dos direitos fundamentais processuais em nosso país, notadamente do contraditório: seja pela reafirmação do escopo constitucional, seja pela necessidade de uma nova lógica jurídico-processual no Brasil.

Essas novas perspectivas ofertam um contraponto ao discurso (que remonta ao final do século XIX) que mantinha a crença de que apenas com protagonismo judicial seria possível contornar os novos e grandes desafios descortinados pela complexidade de vida moderna e o brutal aumento dos litígios levados à porta do Judiciário.

A modificação do conceito de tutela jurisdicional é tema que tem importantes aplicações práticas no direito atual. É preciso haver maior compromisso da comunidade jurídica frente à resolução prática e efetiva dos problemas que lhe são colocados. A tutela jurisdicional, hoje, não pode mais significar apenas uma resposta aos pedidos que lhe são feitos; é necessário haver um compromisso por parte daqueles que a requerem e que a prestam para com seus resultados práticos. Trata-se, portanto, de uma desmanche teórico a ser trabalhado junto aos próprios juristas, muitas vezes apegados aos argumentos e fundamentos oriundos do rigor técnico do processo.

Há de se perceber que após a falência do modelo processual reformista imposto entre nós após a década de 1990 – que apostou, em apertada síntese, prioritariamente em reformas legislativas sem abordagem multidimensional do processualismo constitucional democrático⁷¹ – alguns vinham defendendo uma ressignificação do conceito de contraditoriedade, a fim de criar uma nova maneira de abordar o processo.

Consagra Eduardo Lamy⁷² que:

⁷¹ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Precedentes: primeiras conexões com o princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado.** Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, v. 21, n. 83, jul./set. 2013, p. 31.

⁷² DE AVELAR LAMY, Eduardo. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 311 - 312, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em:

Desse modo, atualmente, o processo não é mais apenas um meio formal preocupado com o seu respeito acima do próprio direito material, através do qual apenas a jurisdição diz o direito, limitando-se a responder aos pleitos que lhe são formulados. Hoje, o direito processual deve ser conceituado como resultado da operação de um núcleo de direitos fundamentais, especialmente a ampla defesa e o devido processo legal, que atuam sobre uma base procedimental formada de meios que necessitam adequar-se aos fins de forma tão rica quanto a diversidade dos direitos materiais a serem tutelados.

Prova da necessária resignificação do princípio e da nova teoria do processo são os sessenta e dois enunciados sobre o novo Código de Processo Civil que foram aprovados por cerca de 500 magistrados de todo o País reunidos, no período de 26 a 28 de agosto de 2015, durante o seminário *O Poder Judiciário e o novo CPC*, realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

Muitos (para não dizer a maioria) dos enunciados aprovados afrontam as mais otimistas expectativas acerca das mudanças legislativas propostas, danificando, inclusive, a dimensão substancial do princípio do contraditório como garantia de influência e não-surpresa.

Os treze primeiros enunciados⁷³ por si só já demonstram que apenas a assimilação de uma nova cultura do contraditório transcenderá as mazelas hoje observáveis no Judiciário, oriundas da falta de influência das partes no processo da qual também participam.

- 1) Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.
- 2) Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.
- 3) É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.
- 4) Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015.
- 5) Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.
- 6) Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.
- 7) O acórdão, cujos fundamentos não tenham sido explicitamente adotados como razões de decidir, não constitui precedente vinculante.
- 8) Os enunciados das súmulas devem reproduzir os fundamentos determinantes do precedente.
- 9) É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301>>. Acesso em: novembro de 2015.

⁷³**Enunciados da ENFAM.** Disponível em <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em outubro de 2015.

jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

10) A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa.

11) Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332.

12) Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante.

13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

As supracitadas “orientações” conflitam diretamente com a releitura do contraditório, negam a importância da fundamentação integral das decisões judiciais e afetam sobremaneira a aplicação do sistema de precedentes projetado – são, sem medo da expressão, *contra legem*. Demonstram, por fim, que a prestação jurisdicional precisa urgentemente de novo *locus* dentro da teoria processual preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais.

Somente quando os juristas (aqui inclusos os membros do Judiciário) tomarem consciência da amplitude do princípio do contraditório como princípio estruturante do processo civil que não está restrito à técnica da audiência bilateral eles estarão aptos a diagnosticar e combater as inúmeras situações práticas em que é proferida a decisão-surpresa.

Alguma esperança surge nesse sentido com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, a fim de que se fomente a influência decisiva das partes na construção das decisões judiciais, mas toda a boa vontade durante a interpretação da nova lei é bem-vinda no sentido de não a interpretar com se lei velha fosse, mas enxergá-la como novo paradigma a ser almejado por aqueles que de alguma forma atuam na busca de um processo civil verdadeiramente democrático.

3 UM NOVO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO – LEI 13.105/15: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI 13.105/15 – A TRAMITAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após mais de quatro anos de tramitação legislativa, o Brasil tem um novo Código de Processo Civil: o primeiro publicado sob a égide da democracia. Pode parecer discurso demagógico, mas não é. Nosso país teve a primeira oportunidade de construir democraticamente seu sistema processual civil, oportunizando visões e concepções plurais durante o processo legislativo.

A democracia exige compromisso e ação. É sabido que qualquer legislação efetivamente democrática não é obra de um homem só, mas um conjunto de compromissos políticos resultado de influências exercidas por grupos de pressão, *lobbies* e instituições. É claro que, desse caldeirão que gestou o Novo Código, certamente foram formuladas várias boas normas – outras tentativas talvez não logrem o mesmo êxito –, mas a questão é que, concordemos ou não, gostemos ou não de uma ou outra disposição da nova lei, deve-se reconhecer o enorme esforço exigido na tarefa de redigir uma legislação tão grande e abrangente como um código de processo.

O Novo Código de Processo Civil foi sugerido por uma comissão de juristas em 2009 e aprovado pelo Senado no final de 2010. O texto ficou três anos na Câmara, quando foi objeto de mais de 100 audiências públicas e de discussões nos estados. Uma nova versão do Código foi aprovada pela Câmara em março de 2014. O texto retornou ao Senado, que deu a palavra final sobre o tema no final do mesmo ano.

Conta Cassio Scarpinella Bueno⁷⁴ que:

Para cá, importa destacar faceta pouco explorada, muito pouco, aliás, que se relaciona e se justifica na perspectiva do processo legislativo. Sim, porque para aquele que se limita a conhecer o novo CPC a partir do que foi publicado no Diário Oficial, não há como verificar a quantidade de modificações que o seu texto apresenta quando comparado — como deve ser — com os Projetos que lhe antecederam.

Nesse sentido, esse pequeno texto quer estimular a comunidade de estudiosos do

⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **(In)devido processo legislativo e o novo código de processo civil**. Disponível em [http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/32%20-%20Novo%20CPC%20e%20Devido%20processo%20legislativo%20\(Rvista%20AASP\).pdf](http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/32%20-%20Novo%20CPC%20e%20Devido%20processo%20legislativo%20(Rvista%20AASP).pdf). Acesso em outubro de 2015.

direito processual civil a também levar em consideração, nas suas reflexões sobre o novo CPC, a matéria prima que antecedeu a sua promulgação e a sua publicação no Diário Oficial. Não só porque conhecê-la pode ofertar importantes elementos para a sua mais adequada compreensão — inclusive para constatar que muitas das novidades do novo CPC já tinham sido apresentadas pelo Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas — mas, sobretudo — e é isso que cabe relevar aqui e agora —, para permitir a análise do novo CPC a partir do indispensável devido processo legislativo que antecedeu aqueles seus momentos culminantes.

Pode parecer desnecessário lembrar, mas é fundamental que se tenha presente que o Anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux deu início ao processo legislativo no Senado Federal. O Projeto respectivo (PLS n. 166/2010) foi aprovado naquela Casa Legislativa em dezembro de 2010, sendo enviado em seguida para revisão à Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar sob o número 8.046/2010. Em março de 2014, com a votação dos destaques feitos em dezembro de 2013, quando o texto básico fora aprovado na Câmara, o Projeto foi aprovado naquela outra Casa Legislativa. Como se tratava de verdadeiro substitutivo de projeto de lei, considerando a quantidade e a qualidade das modificações aprovadas na Câmara, o Projeto retornou ao Senado, Casa Iniciadora do Projeto, por força do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal.

Na última etapa do processo legislativo, que então teve início, a atividade do Senado era limitada à confrontação dos dois Projetos aprovados e à escolha de qual dos dois, artigo por artigo, inciso por inciso, alínea por alínea e parágrafo por parágrafo, deveria prevalecer. Nada de modificações substanciais; nada de estabelecer um terceiro parâmetro normativo que não guardasse relação com os Projetos anteriores, aprovados em cada uma das Casas Legislativas, com seus erros e acertos, suas virtudes e seus defeitos.

Em 17 de dezembro de 2014, foi aprovado e votado no Plenário do Senado Federal, o relatório apresentado pelo Senador Vital do Rêgo, o Parecer n. 956/2014, cujo anexo representava, é o que se lê do relatório, o texto submetido à votação. A aprovação foi praticamente total, com exclusão do que acabou constando de outro Parecer, de número 1.099/2014, identificado como adendo ao Parecer n. 956/2014.

Em 16 de março de 2015 o texto foi sancionado pela Presidente da República, seguindo-se a sua publicação no Diário Oficial da União no dia 17 de março de 2015, dia de início da *vacatio legis* de um ano para sua entrada em vigor, previsto no seu art. 1.045.

O presente trabalho se perfaz justamente durante esta *vacatio legis*, momento no qual quase toda a comunidade de juristas brasileiros se debruça sobre os desafios e os saltos paradigmáticos inseridos no texto do Novo Código de Processo Civil brasileiro.

3.2 O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL COMO A PRIMEIRA ESTACA DO TRIPÉ QUE SUSTENTA O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há uma expressão cunhada recentemente entre os juristas mais detidos à mudança do sistema processual civil brasileiro que diz que o Novo Código de Processo Civil está fundado sobre um tripé que se inicia pelo (a) contraditório substancial, estende seus efeitos à (b) fundamentação das decisões judiciais e culmina com o novo (c) sistema de precedentes.

Explica-se através de uma lógica circular: apenas com um contraditório efetivamente substancial (isto é, aquele que tomou cuidado de fomentar a participação

influyente das partes em todas as etapas processuais a fim de não as surpreender) é que as decisões judiciais poderão ser consideradas verdadeiramente fundamentadas para o caso concreto, o que construirá uma *ratio decidendi* suficientemente segura aos anseios do novo sistema de precedentes. O inverso também é observável: é fraco e imaturo qualquer precedente formado sem uma fundamentação integral, visto que não observou o contraditório substancial.

Nenhuma das estacas se sustenta sem a outra. Mesmo que o enfoque seja apenas uma delas, é imprescindível lembrar que as outras duas sempre estarão ao seu lado. As estacas possuem entre si uma relação de dependência mútua, mas é o contraditório substancial a primeira que se funda, para, assim, fornecer solo firme às demais.

A linha-mestra deste trabalho não é outra se não o próprio tripé descrito.

Toda a interpretação do novo sistema processual civil inaugurado pela Lei 13.105/15 que não tomar como marco inicial a noção do referido tripé será pura hermenêutica anômala, formada a partir de uma visão estreita e prematura do sistema.

A anotação é importante.

Identifica-se no Novo Código, radiograficamente, uma principiologia inédita se comparada ao do Código de 1973: a ideia por trás na ressignificação dos conceitos de contraditoriedade, fundamentação e precedente demonstra o inegável anseio da comunidade jurídica por um processo civil mais democrático, como aquele prometido na Constituição da República desde a sua promulgação.

A influência dos direitos fundamentais, as necessidades da sociedade de massas e a busca por sensatez científica têm levado os juristas a reconhecer os objetivos da efetividade, do acesso à justiça e da instrumentalidade como atuais norteadores do desenvolvimento do direito processual civil. Acima da autonomia da relação jurídica processual em relação ao direito material está a própria efetividade da jurisdição, cujo aperfeiçoamento passa necessariamente pela via do processo. Sem que o direito possa se fazer sentir na vida prática dos litigantes, não há que se falar em verdadeira evolução da teoria processual⁷⁵.

O mundo contemporâneo se mostra multifacetado e incrivelmente complexo, pois novas pautas surgem diariamente, fruto da interação humana, e são levadas ao Judiciário

⁷⁵ DE AVELAR LAMY, Eduardo. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 314, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301>>. Acesso em: novembro de 2015.

através do acesso à justiça. Convivemos hoje com demandas de massa ao lado de anseios extremamente personalíssimos; “jurisprudência lotérica” ao lado da “jurisprudência defensiva”; desumanização dos julgamentos ao lado da multiplicação das demandas por direitos fundamentais.

Uma adequada ligação da teoria do direito, do Estado Democrático de Direito e da teoria dos direitos fundamentais com a teoria do processo civil – especialmente para sua compreensão como meio para a tutela dos direitos – depende de uma consciência acerca da relatividade histórica do direito e do processo capaz de traduzir a cultura do seu tempo em sua interpretação. A grande missão do processo atual é trazer resultados com significativa segurança. O verdadeiro progresso da ciência processual não diz mais respeito à evolução de si mesmo, senão da sua íntima ligação com a prestação da justiça. Não há mais que se falar em evolução da teoria processual sem que haja resultados para os litigantes.

O fato de termos um novo Código de Processo Civil promulgado, por si só, não constitui senão a promessa de um novo processo civil, como diz Luiz Guilherme Marinoni⁷⁶ na apresentação de seu Novo Curso de Processo Civil. Isso porque, como é pouco mais que evidente, sem que as fontes recebam uma interpretação capaz de gerar significados normativos novos e sem que esses significados possam apropriadamente ordenados em uma unidade sistemática, pouco se pode esperar de uma nova legislação.

Chega-se, com isso, a inevitável conclusão de que a nova lei só logrará êxito em seu propósito transformador se o tripé que a funda foi assimilado por seus intérpretes como origem e objetivo de toda a mudança pela qual o direito processual civil vem passando nos últimos anos no Brasil – com mote na participação efetiva, na lealdade processual, na segurança jurídica e na democracia dentro do processo.

3.3 OS DOZE PRIMEIROS ARTIGOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: NORMAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

3.3.1 A constitucionalização do direito processual

A constitucionalização do direito processual é uma das características do direito contemporâneo. Primeiramente, há a incorporação aos textos constitucionais de normas

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo, RT. 2015. p. 11.

processuais, inclusive como direitos fundamentais. Praticamente todas as constituições ocidentais posteriores à Segunda Guerra consagram expressamente direitos fundamentais processuais. De outro lado, a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas. Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços de parte a parte⁷⁷.

Cabe aqui uma pequena digressão sobre a relação entre as normas; no caso, entre as normas processuais infraconstitucionais e normas constitucionais. A relação entre uma e outra não é puramente hierárquica. O conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo na norma superior, assim, ao mesmo tempo, o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior. A eficácia, em vez de unidirecional, é recíproca⁷⁸.

Não é, então, por acaso que o art. 1º do Novo Código, com forte caráter simbólico, está assim redigido: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Explica Fredie Didier⁷⁹ que:

Do ponto de vista normativo, o enunciado reproduz uma obviedade: qualquer norma jurídica brasileira somente pode ser constituída e interpretada de acordo com a Constituição Federal. A ausência deste dispositivo jamais poderia significar que o Novo CPC poderia ser interpretado em desconformidade com a Constituição, mas o artigo foi assim posto para reforçar pedagógica e oportunamente o alerta de que as normas de direito processual civil não são mais nem menos que outras normas infraconstitucionais brasileiras: todas as leis devem ser interpretadas à luz da Constituição.

É claramente uma tomada de posição do legislador no sentido de reconhecimento da força da Constituição do direito processual civil.

Há um conjunto de normas processuais que formam o que se pode chamar de direito processual fundamental ou direito processual geral.

A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis. Essas normas processuais ora são princípios (como o princípio do contraditório) ora são regras (como a proibição de uso de provas ilícitas). O direito processual fundamental não é

⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 46 – 47.

⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 140 – 141.

⁷⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 61

composto somente por princípios, é bom que isso fique claro.

A observação é importante. A distinção entre regras e princípios tem grande importância prática. São normas com estruturas distintas e formas de aplicação próprias, orientadas por padrões de ‘argumentação específicos, que favorecem o estabelecimento de ônus argumentativos diferentes e impactam diretamente da definição daquilo que deve ser exigido de forma definitiva’, por meio da solução jurisdicional⁸⁰.

Uma parte dessas normas fundamentais decorre diretamente da Constituição Federal – é o que se pode chamar de direito processual fundamental constitucional⁸¹. A outra parte decorre da legislação infraconstitucional, mais especificamente do capítulo inaugural do Código de Processo Civil de 2015 (arts. 1º a 12).

3.3.2 Normas fundamentais do Novo Código de Processo Civil

Esse primeiro capítulo da lei reproduz enunciados normativos constitucionais, mas traz novos enunciados, sem previsão expressa na Constituição, embora todos possam encontrar na Lei Maior algum fundamento. O rol desse capítulo, porém, não é exaustivo. Segundo Fredie Didier⁸², há outras normas fundamentais do processo civil brasileiro que não estão consagradas expressamente nos doze primeiros artigos no Novo Código:

É preciso compreender esse capítulo como se ao seu final houvesse cláusula normativa que dissesse: “O rol de normas fundamentais previsto neste capítulo não exclui outras normas fundamentais previstas na Constituição da República, nos tratados internacionais, neste Código ou em lei” – à semelhança do que já ocorre com os direitos fundamentais (art. 5º, CF/88).

O art. 2º transporta para o Novo Código o princípio da inércia judicial (e, conseqüentemente, do impulso oficial); o art. 3º, *caput*, é o espelho do princípio do acesso à justiça tal qual descrito na Constituição, entretanto o § 1º reitera a possibilidade de arbitragem e o § 2º destaca profundamente a intenção do Estado (e demais envolvidos no processo - § 3º) em fomentar a resolução consensual dos conflitos.

O art. 4º importa também da Constituição o princípio da razoável duração dos processos, estendendo os efeitos da norma inclusive às execuções (*lato* ou *stricto sensu*).

Os arts. 5º e 6º, que serão tratados no próximo tópico, imprimem ao Código a

⁸⁰ LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 52.

⁸¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 62

⁸² DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 62.

lógica da boa-fé processual – representam o princípio da cooperação entre as partes do processo, corolário do princípio do contraditório substancial.

O art. 7º demonstra a preocupação do legislador com a paridade das partes (princípio da isonomia), deslocando ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório.

O art. 8º é um compilado dos grandes norteadores do processo contemporâneo, altamente reconhecidos pela comunidade jurídica atual: proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

Os arts. 9º e 10 são as positivações das duas grandes manifestações do contraditório substancial dentro do Novo Código: garantia de influência e não-surpresa, sendo o parágrafo único do art. 9º a lista de exceções legalmente aceitas ao contraditório materialmente compreendido.

O art. 11 explicita a importância da fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, como prescreve o art. 93, IX, da Constituição.

O art. 12, por fim, insere uma novidade no rol: a obrigatoriedade do julgamento conforme a ordem cronológica de conclusão dos processos. Muitas polêmicas ainda rondam esse dispositivo (inclusive tentativas de revogação), concordando várias opiniões que este artigo não perfaz necessariamente uma norma fundamental do processo civil reformado, razão pela qual não será aprofundado neste estudo.

Este rol de normas constitui o “grande *caput*” da lei nova, inarredável nas interpretações dos demais dispositivos, pois funciona como guia destes.

A Exposição de Motivos do Anteprojeto de novo CPC⁸³ não deixa dúvidas a respeito das intenções do Novo Código. Conforme se lê nesse texto, deixou-se “de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”. Ademais, proclama-se que “a coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais”. Explicita-se que um dos objetivos norteadores do trabalho da comissão de juristas que encampou o projeto foi o de “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal”. Procurou-se, assim,

⁸³ **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em novembro de 2015.

“deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e mais capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”.

É impossível não considerar, desse modo, a influência dos direitos fundamentais no âmbito do processo, pois os estudos dedicados a encontrar formas de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional possuem embasamento invariável, antes de tudo, na necessidade constitucionalmente prevista de se obter resultados efetivos com o processo – marca do Estado Democrático de Direito.

Como ponderam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁸⁴, “se é para pensar em nova codificação para o processo civil, é imprescindível que o Código apareça marcado pela nossa cultura – que é a cultura do Estado Constitucional”. Significa dizer que todos os demais dispositivos legais no Novo Código devem ser lidos conforme os doze primeiros, já que representam a nova ideologia incutida pelo legislador à reforma do sistema de processo civil pátrio.

3.4 O CONTRADITÓRIO COMO COROLÁRIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL: UMA VISÃO COOPERATIVA DO PROCESSO

O processo, como exposto, para ser efetivo, deve ser estruturado de forma dialética, atendendo ao princípio do contraditório. E nem poderia ser diferente, porquanto a participação, própria do contraditório, é inerente ao regime democrático⁸⁵.

A composição participativa é, como se vê, inerente a qualquer processo, o que revela seu objetivo político. Para que se concretize o contraditório no processo, é preciso que se possibilite a participação das partes litigantes na atividade processual, na coleta de provas e no convencimento do juiz, a fim de que se obtenha um resultado justo, fruto de ampla colaboração.

O princípio do contraditório não se resume, como dito, na sua compreensão como direito de informação e reação. A participação propiciada pelo contraditório serve não apenas para que cada litigante possa influenciar a decisão, mas também para viabilizar a colaboração das partes com exercício da atividade jurisdicional.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010, p. 60.

⁸⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio do contraditório e a participação no processo**. Revista Brasileira de Direito Processual. Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. de 2012, p. 147 – 159.

Significa que, em razão do contraditório, a atividade jurisdicional deve pautar-se em um esquema dialógico, de modo a exigir que o juiz exerça a jurisdição com auxílio das partes, proferindo decisão legítima, aprimorada e justa. A decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo.

A colaboração e a participação das partes não se configuram apenas como direitos ou faculdades, mas também como ônus e deveres. Em outras palavras, às partes confere-se a oportunidade de participar da formação da decisão do juiz, suportando as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente. O juiz não pode ser obrigado a inserir na fundamentação de sua decisão considerações, informações ou detalhes que não foram apresentados pelas partes.

Em razão do princípio da cooperação, o juiz deixa de ser autor único e solitário de suas decisões. A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta.

A aplicação do princípio da cooperação acarreta um redimensionamento da máxima *iura novit curia*, porquanto ao juiz cabe pronunciar-se sobre a norma jurídica a ser aplicada ao caso depois de realizar o necessário diálogo com as partes⁸⁶. Ao juiz cabe – não restam dúvidas – aplicar o direito ao caso concreto, mas se lhe impõe, antes de promover tal aplicação, consultar previamente as partes, colhendo suas manifestações e respeito do assunto.

Na verdade, o princípio da cooperação restringe a passividade do juiz, afastando-se da ideia liberal do processo como uma “luta” ou “guerra” entre as partes, meramente arbitrada pelo juiz⁸⁷.

No Brasil, não havia previsão legal do princípio da cooperação, mas ele sempre teve base constitucional, sendo extraído da cláusula geral do devido processo legal, bem como do princípio do contraditório. Se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação.

O princípio da cooperação destina-se, enfim, a transformar o processo civil em

⁸⁶ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milão: A. Giuffrè. 1974. p. 683 – 684.

⁸⁷ REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. **Comentários ao código do processo civil**. Coimbra: Almedina, 2004. v. I, p. 266.

uma “comunidade de trabalho”⁸⁸, potencializando o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais, a fim de se alcançar a solução mais adequada e justa ao caso concreto⁸⁹. O processo, diante disso, deve ser entendido como uma “comunidade de comunicação”, desenvolvendo-se por um diálogo pelo qual se permite uma discussão a respeito de todos os aspectos de fato e de direito considerados relevantes para a decisão da causa.

Ao longo de todo o procedimento, deve haver um debate, voltando-se também para o juiz e para todos os agentes estatais no processo.

Da cooperação, cujo fundamento é, em última análise, o princípio do contraditório, extrai-se deveres a serem cumpridos pelo juiz e pelas partes, sendo certo que os deveres processuais subtraem do direito de ação qualquer natureza absoluta, constituindo uma limitação ao seu exercício⁹⁰.

Há, na verdade, a cooperação das partes com o Judiciário, bem como há cooperação do Judiciário com as partes⁹¹. A cooperação das partes com o Judiciário envolve⁹²:

- (a) a ampliação de dever de litigância de boa-fé;
- (b) o reforço de dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresentadas;
- (c) o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência, com a colaboração para a descoberta da verdade e;
- (d) o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade.

Por sua vez, a cooperação do Judiciário com as partes comporta⁹³:

- (a) a consagração de um poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes;
- (b) a consagração de um poder-dever de suprimir obstáculos procedimentais à

⁸⁸ SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 62.

⁸⁹ GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I, p. 88.

⁹⁰ SILVA, Paula Costa e. **O processo e as situações jurídicas processuais**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 790 – 791.

⁹¹ SOUZA, Miguel Teixeira de. **Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”**. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, ano 55, jul. de 1995, p. 361.

⁹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O princípio do contraditório e a cooperação no processo**. 2015. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em setembro de 2015.

⁹³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **O princípio do contraditório e a cooperação no processo**. 2015. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em setembro de 2015.

prolação da decisão de mérito;

(c) a consagração do poder-dever de auxiliar qualquer das partes na remoção de obstáculos que as impeçam de atuar com eficácia no processo e;

(d) a consagração, em combinação com o princípio do contraditório, da obrigatória discussão prévia com as partes da solução do pleito, evitando a prolação de decisões-surpresa, sem que as partes tenham oportunidade de influenciar a decisão judicial.

O juiz tem, enfim, o dever de esclarecimento, o dever de prevenção, o dever de consulta e o dever de auxílio. Realmente, ele tem o dever de se esclarecer junto das partes e estas têm o dever de esclarecê-lo. Já o dever de prevenção não é recíproco, consistindo no convite, feito pelo magistrado, ao aperfeiçoamento pelas partes de suas petições ou alegações. Segundo leciona Miguel Teixeira de Sousa⁹⁴, o dever de prevenção tem um âmbito mais amplo:

[...] ele vale genericamente para todas as situações em que o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas fundamentais em que a chamada de atenção decorrente do dever de prevenção se justifica: a explicação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos factos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação. Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro.

O dever de consulta, por sua vez, impõe ao magistrado dar às partes oportunidade de manifestação sobre qualquer questão de fato ou de direito. O juiz, antes de se pronunciar sobre qualquer questão, ainda que seja de conhecimento oficioso, deve dar oportunidade à prévia discussão pelas partes, evitando, desse modo, as decisões-surpresa.

Finalmente, o juiz tem o dever de auxiliar as partes na eliminação ou superação de obstáculos ou dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou, ainda, o cumprimento de ônus ou deveres processuais. Deve, por exemplo, providenciar a remoção de obstáculo à obtenção de um documento ou informações que seja indispensável para a prática de um ato processual⁹⁵.

Há, na verdade, um dever de cooperação. O dever de cooperação, nas lições de José Lebre de Freitas, tem duplo sentido: um material e um formal. Em seu sentido material, o dever de cooperação recai sobre as partes, incumbindo-lhes a prestação de sua colaboração para a descoberta da verdade; ao juiz cumpre requisitar das partes esclarecimentos sobre a

⁹⁴ SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65.

⁹⁵ SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 66 – 67.

matéria de fato ou sobre a matéria de direito da causa. Em seu sentido formal, o dever de cooperação impõe ao juiz providenciar o suprimento necessário ao exercício de uma faculdade, à observância de um ônus ou ao cumprimento de um dever processual⁹⁶.

A cooperação conversa intimamente com o contraditório, como se fossem causa e efeito um do outro. As manifestações do contraditório substancial dentro do processo só são asseguradas com a lealdade processual, ao passo que a lealdade processual só fica evidente quando cumprido o conteúdo material da contraditoriedade.

Reforça-se a necessidade do estudo do princípio do contraditório, na visão cooperativa do processo, já que a partir deste prisma percebe-se com maior clareza a importância real da matéria sobre a forma; da participação ativa e leal das partes e do órgão julgador na busca por uma aproximação ao justo no caso concreto (todos em pé de igualdade); da necessidade de uma análise do processo e da sua importância a partir de um efetivo enfoque constitucional que realce o papel dos direitos fundamentais correlatos; e da própria teoria de que o direito não é meramente declarado no processo, mas é construído ao longo do procedimento, influenciando inclusive as decisões a serem proferidas em futuros feitos.

As premissas destacadas, formuladas a partir da confirmação da existência de uma nova concepção dinâmica (faceta substancial), complementar à concepção estática (faceta formal) da contraditoriedade está de pleno acordo com a evolução histórica necessária do instituto. Essa será a tônica do novo sistema processual implantado na Brasil com o Novo Código: cooperação e contraditório substancial como garantidores dos provimentos judiciais bem fundamentados, inclusive, para efeitos precedentes.

3.5 DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE ABARCAM A NOÇÃO DE CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

Como já exposto, o contraditório substancial já é inerente ao ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, de maneira que a ausência de previsão legal específica não inviabiliza sua plena aplicação.

Nelson Nery Júnior⁹⁷ sintetiza a questão:

Tratando-se de ofensa ao direito fundamental do contraditório, desnecessária a

⁹⁶ FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 164 – 167.

⁹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 241.

previsão da lei infraconstitucional a respeito da consequência da referida ofensa. A nulidade resulta, portanto, como consequência da atuação do preceito constitucional.

Não se pode negar, contudo, a relevância de previsão legal tende a demonstrar a tomada de conscientização do legislador infraconstitucional acerca do conteúdo principiológico da Constituição, sem contar que esvazia o argumento de ofensa reflexa à Constituição (exemplo: RE 665.229, do STF).

O Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/15 – espraia, de forma paradigmática, em diversos dispositivos a noção de contraditório substancial almejada pela Constituição e tida como o primeiro pilar de sustentação do novo sistema processual.

Welder Queiroz dos Santos⁹⁸ indica que “o direito processual civil brasileiro caminha na linha do que ocorreu na Alemanha, França e Portugal, no sentido de adotar expressamente regra que veda a prolação de decisão surpresa”.

Ao tecer algumas considerações sobre o Projeto da Lei 13.105/15, Arruda Alvim⁹⁹ pondera que, na linha de prestigiar a segurança jurídica no processo, o projeto deu ênfase à concretização do contraditório em toda a sua plenitude, prevendo que mesmo decisões judiciais que independem de provocação das partes devem ser precedidas de efetiva oportunidade de manifestação dos interessados.

O art. 10 da Lei 13.105/15 diz: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

No projeto aprovado pela Câmara (PL 8.046/2010), o artigo tinha a seguinte redação: “Em qualquer grau de jurisdição, órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício”.

O art. 10, a rigor, encarta a garantia da não-surpresa, mas não é único dispositivo a dar vazão ao princípio do contraditório substancial dentro do Novo Código.

O *caput* do art. 9º determina que: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, elencando em seu parágrafo único as mitigações permitidas pela lei: “O disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II -

⁹⁸ SANTOS, Welder Queiroz dos. **Vedação à decisão surpresa no processo civil**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 122.

⁹⁹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Manual de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo, RT. p. 106 – 107.

às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701”.

Antes desta redação, o artigo passou por algumas modificações. O art. 9º do projeto do Senado dizia que: “Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito”.

Foi no projeto aprovado na Câmara que o texto passou a sua forma quase final: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I – à tutela antecipada de urgência; II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 306, incisos II e III; III – à decisão prevista no art. 716”.

O art. 9º, pois, positivou a garantia da participação com influência. É possível que melhor técnica redacional colocasse o artigo mais de acordo com a garantia que ele encarta caso tivesse abordado explicitamente os termos “poder de influência das partes” ou “garantia de influência na decisão judicial”. Seria sem dúvidas um dos mais vanguardistas dentro do Direito Processual Civil Comparado. Todavia, não se pode olvidar que já é um grande passo em direção a um processo civil efetivamente democrático.

A garantia da cooperação ou da boa-fé processual, de forma textual, encontra previsão no art. 5º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” e no art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios pra que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência. Ao juiz é imposto o dever de zelar pelo efetivo contraditório – art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. O texto do artigo ainda ressalta categoricamente a observância da isonomia entre as partes, constitucionalmente entendida como princípio da igualdade, importante substrato histórico do princípio do devido processo legal e do contraditório.

Todos esses artigos compõe o chamado núcleo das normas fundamentais do Novo Código (Capítulo I do Livro I - Das Normas Fundamentais do Processo Civil), mas a aplicação de tais preceitos pode ser identificada em diversos outros pontos da lei nova.

Se o juiz, de ofício, tomar em consideração, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, que influa no julgamento da lide, deverá ouvir as partes sobre ele antes de decidir (art. 493, parágrafo único). Por sua vez, o art. 317 dispõe que antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. Na mesma linha, sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz deverá ouvir a outra parte, que disporá do prazo legal o que por bem entender (art. 437, parágrafo 1º). Além da tutela do contraditório, as disposições também são dignas de encômios por consagrar o princípio da conservação dos atos processuais.

Ainda sobre o contraditório, sabe-se que um sistema rígido de preclusões pode dificultar o acesso do julgador à verdade, enfraquecendo o debate¹⁰⁰. O Novo Código confere ao juiz o poder-dever de dilatar os prazos processuais observando as necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico (art. 139, VI). Assim, impede que importantes argumentos trazidos pela parte sejam desconsiderados sob a confortável escusa da preclusão temporal. Sem dúvidas, uma enorme evolução em relação ao Código de Processo Civil de 1973. Pondera Leonardo Greco: “Se o procedimento legal é uma garantia da continuidade do processo, muitas vezes ele se transforma numa camisa de força, que limita e dificulta o contraditório participativo¹⁰¹”.

A lógica do contraditório também abarca o recém-criado incidente de desconsideração da personalidade jurídica, trazendo o art. 135 a seguinte redação: “Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

Adotando a garantia de não-surpresa, o parágrafo único do art. 487 diz que: “Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se”.

Dentre outros, citam-se ainda os arts. 853; 983 e parágrafo 1º; 948; 1.038; 927 e parágrafo 1º; sem contar as influências dentro do novo sistema recursal e do novo sistema de precedentes.

O valor do contraditório participativo e substancial avulta no Novo Código, ainda,

¹⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 129

¹⁰¹ GRECO, Leonardo. **Publicismo e privatismo do processo civil**. Revista de Processo, São Paulo, v.164, n. 49. out./2008, p. 49 – 52.

pela possibilidade de o juiz ou relator solicitar ou admitir a manifestação de *amicus curiae*, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia (art. 138, parágrafos 1º, 2º e 3º). Evita-se, desse modo, a utilização de presunções no momento de decidir, bem como que uma das partes, valendo-se da inexperiência do julgador sobre determinado assunto, o convença com argumentos inexatos, fomentando sempre a melhor fundamentação e o mais amplo dos contraditórios.

Conclui-se, enfim, que o Novo Código não apenas preocupou-se em abarcar a amplitude do princípio do contraditório substancial como também positivou de maneira incontestada suas duas grandes garantias nos artigos 9º e 10 – participação com influência e não-surpresa. Significa que a Lei 13.105/15 escutou as falas transformadoras do princípio do contraditório (que bradam em nossa doutrina há pelo menos uma década) e encartou dentro do núcleo de normas fundamentais sua ressignificação, dando ao Novo Código roupagem inédita se comparada ao Código de 1973; uma na qual não somente as formalidades são observadas, mas principalmente a efetiva participação de todos os envolvidos na construção de um direito colaborativo, democrático e justo ao caso concreto.

A adoção expressa do princípio do contraditório substancial no texto do Novo Código representa uma tomada de decisão política no sentido de assumir os compromissos constitucionais do (devido) processo.

Fica evidente que a nova estrutura processual arquitetada na lei nova é sim promissora, digna de um depósito de confiança não só jurídico, mas ético e social. É na assimilação do novo conceito de contraditório que mora a esperança de superação de um sem número de pontos nevrálgicos da atual administração judiciária, rumo a um processo participativo.

4 O TRIPÉ DE SUSTENTAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL, FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E SISTEMA DE PRECEDENTES

4.1 DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL À FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O reforço da importância do contraditório em determinado sistema, indubitavelmente, é uma opção política. Quando o juiz conclama as partes a participar da formação da sentença, bem como de todas as decisões, acena com a bandeira da democracia e facilita a efetividade dos seus provimentos, com o importante fator psicológico¹⁰² da predisposição dos envolvidos a cumprir o que for determinado.

Nesta senda, o contraditório é dotado de um aspecto político. Uma Constituição, como a brasileira, que logo em seu primeiro artigo proclama que todo o poder emana do povo, impõe ao Estado, em todas as esferas do poder, a legitimidade de seus provimentos.

Encontramos, nas raízes do contraditório, o direito de influência sobre os provimentos estatais, característicos das democracias constituídas após a segunda guerra mundial. Leonardo Greco atribui a esse evento o marco do renascimento do princípio do contraditório que, havia sido relegado à mera técnica disponível pelo positivismo jurídico do final do século XIX e início do século XX, e configura hoje postulado que qualquer modelo estatal que pretenda reconhecer o indivíduo como sujeito de direitos fundamentais¹⁰³.

Por meio da Constituição atual, a representatividade foi democratizada¹⁰⁴, permitindo o advento de uma democracia participativa em nosso país. Este é o novo rosto do Estado contemporâneo, como vislumbrado por Bobbio: “O Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império¹⁰⁵”. A democracia não mais se exerce apenas pelo voto; quando um provimento estatal afeta com maior intensidade um indivíduo ou um grupo de indivíduos, é mister que se lhes confira instrumentos para que possam influenciar na tomada de decisão. E que outra

¹⁰² BODART, Bruno Vinícius da Rós. **O processo civil participativo - A efetividade constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 205, mar./2012, p. 336.

¹⁰³ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. Coleção José do Patrocínio. p. 543.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 26.

manifestação do Estado é mais gravosa para uma pessoa que a jurisdição?

Por isso, é lícito afirmar, com Manzin, que o contraditório não tolhe a autoridade legalmente conferida à jurisdição, mas, ao revés, a reforça com uma autoridade racional que perpassa pela controlabilidade do provimento emanado¹⁰⁶.

O momento histórico atual é de discussão acerca da elaboração de um novo Código de Processo Civil, logo é importantíssimo indagar-se se o atual diploma reflete o modelo de processo idealizado pela Constituição. Mais que isso, insta saber em que medida a Lei 13.105/15 contribuirá para construir um processo civil essencialmente democrático.

É sabido que o contraditório dialoga com a controlabilidade das decisões judiciais, sendo um o pressuposto do outro. Isso significa que o juiz deve interagir com as partes, esclarecendo e sendo esclarecido, antes, durante e depois de decidir. Afinal, como as partes podem influir no convencimento do juiz se não sabem o que ele pensa?¹⁰⁷.

Antes de decidir, o magistrado deve buscar a solução da causa junto às partes, sendo-lhe defeso surpreendê-las decidindo com base em fundamentos não debatidos anteriormente, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício. O Código de 1973, no entanto, não trazia vedações às chamadas decisões-surpresa. Sempre coube à Constituição, por meio da incidência direta do princípio do contraditório, impor ao juiz o prévio debate de todas as questões, de fato ou de direito, relevantes para o desate da controvérsia, ainda que não suscitadas pelas partes, sob pena de nulidade. Todavia, a praxe forense demonstra que há resistências à aplicação da Constituição, sendo desejável uma regra legal clara quanto à proibição da prática.

Sobre o tema, os comentários de Alexandre Freitas Câmara¹⁰⁸:

O novo CPC traz, em alguns dispositivos, textos que apresentam de forma bastante detalhada (quase “desenhada”) o modo como deve ser observado o princípio do contraditório no processo judicial. [...] Poder-se-ia questionar a necessidade de que o novo CPC dissesse o que diz acerca do princípio do contraditório. A rigor, tais dispositivos não eram mesmo necessários. Afinal, o direito de participação com influência e a garantia de não-surpresa resultam da própria afirmação constitucional de que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição da República), em que se assegura o devido processo constitucional (art. 5º, LIV), no qual se observa necessariamente o contraditório (art. 5º, LV). Os dispositivos do CPC que “esmiúçam” o conteúdo do princípio do contraditório, pois, e como consequência da reconhecida *força normativa da Constituição*, são a rigor

¹⁰⁶ MANZIN, Jaime. **El Estado como sujeto del proceso**. Boletín Mejicano de Derecho Comparado, n. 22 – 23, ano 8. p. 525 – 536.

¹⁰⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. I. p. 541.

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo CPC e o princípio do contraditório**. Disponível em <<http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/>>. Acesso em outubro de 2015.

desnecessários. [...] Não obstante, é extremamente importante – ao menos por seu valor simbólico – que o novo CPC “desenhe” o modo como se deve observar o contraditório no processo civil brasileiro.

A interação do juiz com as partes também deve ocorrer durante a atividade de decidir. A fundamentação do *decisum* é ponto crucial da concepção democrática do processo, tanto que foi insculpida na Constituição como garantia fundamental (art. 93, IX, CF). O Estado não deve se limitar a impor seus provimentos. Nesse contexto, o convencimento das partes acerca do acerto da decisão é fundamental. A sensação de frustração da parte derrotada é bastante amainada, se não eliminada, quando o julgador demonstra ter analisado todos os seus argumentos relevantes, opondo motivos racionais para o seu não acolhimento. Do contrário, o que se tem é denegação de justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos.

Resta saber: como a questão foi enfrentada à luz do Código de 1973?

Infelizmente, durante a vigência do Código de 1973, consolidou-se jurisprudência no sentido de que os juízes e Tribunais não estão obrigados a responder a todos os argumentos das partes na fundamentação da sentença. Trata-se de orientação simplista, que não se compatibiliza com a Constituição. Havendo diversos argumentos igualmente aptos, em tese, a dar supedâneo ao direito que a parte alega ter, o magistrado tem o dever de analisar cada um deles, sob pena de vício da fundamentação do julgado. Ilustra-se com a situação do demandante que postula a declaração de nulidade de um ato administrativo por desvio de finalidade e por ausência de competência da autoridade que o produziu. Uma sentença de improcedência calcada apenas na inexistência do defeito, na finalidade do ato, não satisfaz a exigência do art. 93, IX, da Constituição, pois nega, sem qualquer motivação, a pretensão baseada na segunda causa de pedir.

A questão seria melhor equacionada se reconhecendo que o julgador somente pode deixar de apreciar certos argumentos de maneira expressa quando os fundamentos da decisão, por incompatibilidade lógica, os repelirem. Isso porque, como ponderam Marinoni e Mitidiero, o direito fundamental ao contraditório implica dever de fundamentação completa das sentenças e acórdãos, o que requer análise séria e detida dos fundamentos arguidos nos arrazoados das partes¹⁰⁹.

A fundamentação do julgado não é completa, outrossim, quando inadequada ao

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 419.

caso apreciado ou despreocupada com as suas peculiaridades. O jurisdicionado deve ter o conforto de que a sua causa foi atentamente analisada pelo magistrado, ainda que sua pretensão não tenha sido acolhida. O acúmulo de processos não pode servir de álibi para a desumanização da justiça, com a prolação de decisões genéricas padronizadas ou dotadas de motivação extremamente concisa. Condenável, de igual modo, a conhecida técnica de fundamentação *aliunde* ou *per relationem*, pela qual o magistrado se limita a fazer referência à outra manifestação nos autos, seja das partes da demanda, do Ministério Público ou de terceiros supervenientes¹¹⁰.

Atualmente, no Brasil, a motivação *per relationem* é método comumente utilizado por juízes e desembargadores, com a chancela dos Tribunais superiores.

O Novo Código, rompendo com a perspectiva pouco garantista que se estabeleceu sobre a abrangência do dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição de 1988, estabelece, no parágrafo 1º do art. 489 que: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Ao contrário do Código em vigor, o Novo Código consubstancia um novo modelo de processo, cuja premissa pode ser assim resumida: uma decisão jamais será justa sem a colaboração efetiva e honesta das partes durante sua confecção. A assimilação dessa premissa, sem dúvidas, inaugurará o processo civil participativo que todos esperamos desde a promulgação da Constituição.

Se o grande objetivo do processo pelo processo era a produção de coisa julgada material acerca da declaração de qual das partes possuía razão no mérito, o Novo Código,

¹¹⁰ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **O processo civil participativo - A efetividade constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 37, n. 205, mar./2012, p. 340.

hoje, quer proporcionar uma prestação da justiça tempestiva e adequada ao direito material.

É o que se descortina com a promulgação da Lei 13.105/15: um código elaborado entre os sujeitos processuais para aproximar o juiz das partes, estimulando a colaboração na busca por resultados democraticamente legítimos.

4.2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E O CAMINHO PARA A SEGURANÇA JURÍDICA NECESSÁRIA AO SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.2.1 Técnicas e justificativas ao sistema de precedentes instituído pelo Novo Código

A nova feição da atividade jurisdicional redesenhou o direito processual. Estruturou-se no Brasil um sistema de precedentes judiciais em que se reconhece a eficácia normativa a determinadas orientações da jurisprudência, a proliferação das súmulas dos tribunais e a consagração da súmula vinculante do STF (art. 103-A da Constituição Federal).

A súmula foi, inspirada nos assentos portugueses, introduzida como técnica em uma reforma na década de 1950 feita no Código de Processo Civil de 1939, prevista como uma ferramenta de uniformização de jurisprudência. Caracterizada por enunciados breves, evidenciando o resumo das razões afirmadas em julgados (em tese) reiterados dos tribunais, marcou uma aproximação com a experiência do uso dos precedentes¹¹¹.

Trata-se de uma tendência à abstração e generalização no uso de julgados, afirmando-se a “norma geral” que se verifica no caso e evidenciando a complementação da lei escrita ou seu sentido não claro, e reproduzindo-o em futuras decisões.

Em se tratando do tratamento do precedente, essa parece ser a aproximação mais familiar aos juristas brasileiros, buscando nos julgados normas gerais, afirmadas no caso concreto. Nota-se, porém, que existe uma inexplicável tendência ao uso de súmulas desligadas dos seus julgados originários, causando um efeito de “anencefalia” à técnica hoje muito comum no país.

Quanto ao que se compreende por precedente, Thomas Bustamante¹¹² sugere que, de maneira ampla, seja qualquer decisão pretérita evocada por um juiz para justificar uma

¹¹¹ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Precedentes: primeiras conexões com o princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, v. 21, n. 83, jul./set. 2013, p. 33.

¹¹² BUSTAMANTE, Thomas. **Precedent in Brazil**. In: HODIUS (Coord.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law*. Utrecht, p. 300 – 301.

decisão póstuma. Na definição de Taruffo¹¹³, há que se fazer uma distinção entre precedente e jurisprudência:

Quando se fala em precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla a vários e diversos casos concretos. [...] em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual a decisão faz precedente. Ao contrário nos sistemas nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes são dúzias até mesmo centenas.

Bustamante¹¹⁴, utilizando-se da teoria de Michele Taruffo, propõe que no sistema brasileiro há diferentes níveis de peso que se pode dar ao precedente. Os vinculantes em sentido forte seriam os casos de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Quanto aos demais precedentes, chamados vinculantes em um sentido mais fraco, havia diferentes pesos, de acordo com a formação de cada julgado: (a) súmulas das Cortes Superiores; (b) “jurisprudência reiterada”; (c) decisões isoladas; etc..

Esse conjunto de fatores evidencia a complexidade do uso do precedente na argumentação jurídico brasileira, não obstante sua utilidade e necessidade, de vista dos fatores institucionais que reclamam sua aplicação.

A criatividade da função jurisdicional é também característica atualmente bem aceita pelo pensamento jurídico contemporâneo. Costuma-se afirmar que o Brasil é país cujo direito se estrutura de acordo com o paradigma do *civil law*, próprio da tradição jurídica romano-germânica, difundida na Europa continental. De fato, sim, mas não é correto afirmar que toda a estrutura jurídica brasileira ainda seja “puramente” romano-germânica.

O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica (França, Alemanha e Itália). Há controle de constitucionalidade difuso e concentrado. Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e ao mesmo tempo se constrói um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas...), de influência do *common law*. Embora tenhamos um sistema de direito privado estruturado de acordo com o modelo do

¹¹³TARUFFO, Michele. **Precedentes e jurisprudência**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 36, n. 199, set./2011, p. 139 - 155.

¹¹⁴BUSTAMANTE, Thomas. **Precendet in Brazil**. In: HODIUS (Coord.). **Precendent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Utrech, p. 305 – 306.

direito romano, de cunho individualista, temos um microsistema de tutela dos direitos coletivos dos mais avançados e complexos¹¹⁵.

A identificação de uma tradição jurídica não se faz apenas com a análise do sistema jurídico. É preciso investigar também o papel e a relevância dos operadores jurídicos e o modo como se orienta o direito. No Brasil, a importância da opinião dos doutrinadores, embora ainda seja significativa (característica do *civil law*), já não possui o mesmo destaque que se tem atribuído à jurisprudência (marca do *common law*) é notável. Não obstante o nosso ensino jurídico se tenha inspirado no modelo da Europa Continental (principalmente Coimbra), não se desconhecem cursos de direito que são estruturados a partir do exame de casos, conforme a tradição do *common law*.

Os problemas jurídicos repetem-se nos mais diversos recantos do mundo e o Brasil tem buscado a inspiração para a solução dos seus nestes mesmos recantos, indistintamente. Isso nos fornece grande gama de importações teóricas; vezes bem absorvidas, vezes não.

Ao longo dos anos, com diversas reformas processuais, o uso da tradição jurisprudencial evoluiu muito no Brasil, evidenciando uma necessária convergência entre técnicas de *civil law* e de *common law*, a fim de garantir a preservação da isonomia, da celeridade, da estabilidade e da previsibilidade do sistema. No entanto, a convergência de sistemas tem ocorrido de modo equivocado, com confusão de conceitos essenciais, gerando uma técnica de aplicação e sistematização de precedentes extremamente deficiente. Desse modo, é essencial a distinção entre súmulas persuasivas, súmulas vinculantes, precedente, julgado, jurisprudência e os graus de vinculatividade de cada conceito. Ainda, a fim de corrigir diversos erros de técnica processual, faz-se necessária e urgente a adoção uma Teoria de Precedentes, adaptada à realidade brasileira e que corrija as incongruências do sistema, tornando-o lógico e conforme a Constituição vigente. Nesse diapasão, as discussões do Novo Código de Processo Civil trazem à tona a preocupação com a atual ausência de técnicas processuais constitucionalizadas para a formação de precedentes. Tais discussões sugerem a aplicação do contraditório como garantia de influência e não-surpresa na formação do precedente, de modo que a formação de decisão piloto só é possível após o amplo debate das questões envolvidas no caso, a participação ativa das partes processuais, e a obrigatoriedade

¹¹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 50 – 51.

de que o julgador enfrente todos os argumentos capazes de justificar sua conclusão final.

4.2.2 A Teoria dos Precedentes de Michele Taruffo

Em 1994, Michele Taruffo¹¹⁶ propôs uma conceituação da teoria geral do precedente alicerçada em quatro dimensões, quais sejam: institucional, objetiva, estrutural e da eficácia. O escopo dessa teoria, na visão do autor, é explicar o fenômeno do precedente tanto nos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica, quanto nos de *common law*, bem como definir as características mais importantes dos precedentes.

4.2.2.1 A dimensão institucional

Michele Taruffo observa que a organização do Poder Judiciário está interligada ao uso do precedente. Esta dimensão institucional classifica a decisão judicial como (a) precedente vertical; (b) precedente horizontal e (c) autopercedente.

Explica Narda Roberta da Silva¹¹⁷:

O precedente vertical, segundo essa perspectiva, pressupõe uma hierarquia de autoridade entre órgãos judiciais. Assim, as decisões judiciais são hierarquicamente distintas, em virtude do órgão prolator, por isso aquelas prolatadas por órgão superior vinculam os juízos inferiores.

O precedente horizontal, por sua vez, relaciona-se à influência de uma decisão sobre outras de mesmo nível hierárquico. Dessa forma, decisões, prolatadas por órgãos jurisdicionais de mesma hierarquia, somente possuem o poder de persuasão, não o dever de vincular.

Já o autopercedente remete à ideia de que o juiz deve ter coerência e universalidade em sua tomada de decisões, para que dessa maneira seja concretizado o direito fundamental de igualdade entre os jurisdicionados, bem como o direito à imparcialidade do magistrado.

4.2.2.2 A dimensão objetiva

A dimensão objetiva remete à parte do precedente que vincula as decisões futuras, ou seja, a sua *ratio decidendi*. Nesse sentido as partes que não são essenciais à tomada de decisão (*obter dictum*) devem ser rechaçadas para se identificar os precedentes. Todavia, Taruffo afirma não ser fácil essa separação, uma vez que a noção de *ratio decidendi* é relativa, haja vista os vários pontos de referência utilizados. Nesse contexto e não raras vezes, os *obter*

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 411 – 430.

¹¹⁷ SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da Teoria de Michele Taruffo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 228, fev./2014, p. 344.

dictum, também possuem influência considerável sobre as decisões sucessivas e sobre a formação da jurisprudência, e não meramente persuasiva¹¹⁸.

Consoante Michele Taruffo¹¹⁹:

Existem, de fato, versões diversas na própria doutrina da *common law*, sendo que nos parece arriscado usar esta noção como instrumento analítico para obter uma definição de quais possuem eficácia de precedente. Coisas diferentes ainda não são consideradas como *ratio decidendi*, nos vários ordenamentos ou também no mesmo ordenamento: algumas vezes trata-se do critério jurídico usado para qualificar os fatos relevantes da controvérsia e para decidir sobre eles, com uma acentuação de referência aos fatos; outras vezes entende-se em vez do princípio jurídico utilizado como critério para decidir, comum a acentuação de referência à norma ao invés dos fatos; outras vezes ainda entende-se o argumento jurídico empregado para justificar a decisão relativa à qualificação dos fatos, ou a decisão relativa à escolha da *regula iuris*, ou ambos. Deve também ser considerado que a determinação da *ratio decidendi* depende em grande medida da interpretação do precedente que é dada pelo juiz do caso sucessivo, o que introduz um posterior irredutível elemento de variabilidade. Obviamente, o objeto do precedente muda segundo a ideia de *ratio decidendi* que se assume, também implicitamente, e varia com a variação de significado que se atribui ao relativo conceito.

Diante dessa dificuldade, Taruffo aponta o método de *reporting*¹²⁰, utilizado nos países do *common law*. Através desse procedimento, funcionários especializados analisam os casos e selecionam aqueles a serem publicados como *law reports*, para a formação de um precedente: ou seja, casos idênticos devem ter a mesma solução, já os casos distintos não podem ser parâmetros para a formação do precedente.

4.2.2.3 A dimensão estrutural

A dimensão estrutural refere-se ao número de precedentes utilizados como parâmetros de uma decisão posterior. Nessa perspectiva, Taruffo¹²¹ elenca quatro hipóteses: (a) existência de somente um precedente; (b) jurisprudência constante (vários precedentes); (c) precedentes contraditórios e (d) caos jurisprudencial.

Importante ressaltar que quanto ao item (b) deve-se ter cuidado de não haver um entendimento ultrapassado dos fatos que consubstanciam as decisões, ou seja, um engessamento na tomada de decisões. Já em relação aos itens (c) e (d) são cenários que

¹¹⁸ SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da Teoria de Michele Taruffo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 228, fev./2014, p. 344.

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 420.

¹²⁰ TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 422.

¹²¹ TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 423.

provocam enorme insegurança jurídica e, por conseguinte, descrédito no Poder Judiciário pelos jurisdicionados¹²².

4.2.2.4 A dimensão da eficácia

Taruffo¹²³ previu que os precedentes possuem cinco graus de eficácia. No grau máximo, verifica-se a vinculação absoluta ao precedente, para todos os casos sucessivos e semelhantes. Nos graus intermediários, em níveis descendentes estariam: o *binding precedent*, o qual deve ser seguido, salvo exceções expressamente previstas em lei; o *defensibly binding precedent*, que deve ser seguido, mas o juiz de modo fundamentado pode não o seguir; e o *weakly binding precedent*, que, em tese, deve ser seguido.

No último grau de eficácia, vislumbrar-se-iam as situações em que o juiz é completamente livre para seguir ou não o precedente, não possuindo qualquer vinculação em relação à decisão anterior, tampouco a obrigação de justificar sua opção, caso adote posição contrária¹²⁴.

4.2.2.5 Grau de vinculação máximo (binding precedents)

O grau máximo de vinculação refere-se aos precedentes que possuem efeitos vinculantes. São decisões que conectam os motivos determinantes, isto é, a *ratio decidendi* da decisão a outras decisões futuras, em lides semelhantes. As súmulas vinculantes são exemplos desse tipo de precedente no ordenamento pátrio.

O efeito vinculante tem por objetivo conferir obediência máxima não só à parte dispositiva da decisão, mas à sua *ratio decidendi*, inclusive.

Vale ressaltar que a vinculação aos *binding precedents* não é absoluta, haja vista a possibilidade de superação, e, conseqüentemente a revogação desses precedentes (*overruling*), seja nas hipóteses de inadequação, injustiça ou inconveniência dos mesmos¹²⁵.

Também há a técnica do *distinguishing*, através da qual são diferenciados os fatos

¹²² SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da Teoria de Michele Taruffo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 228, fev./2014, p. 345.

¹²³ TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 424.

¹²⁴ LOPES, Raquel Cardoso. **Uniformização da jurisprudência**. São Paulo, Revista Forense, n. 390. p. 572 – 573.

¹²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010. p. 111.

relevantes do caso sucessivo, em relação aos fatos do precedente¹²⁶.

René David¹²⁷ afirma que essa técnica de distinção constitui elemento necessário ao desenvolvimento e evolução do sistema de *common law*, afinal a utilização dos precedentes vinculantes não deve óbice ao debate no âmbito jurídico, muito menos às relações humanas, que podem apresentar peculiaridades inimagináveis com o passar dos anos.

Entretanto, a utilização dessas duas técnicas, *distinguishing* e *overruling*, devem ser realizadas com certa precaução, haja vista que o uso indiscriminado do poder de distinguir ou de revogar pode gerar dúvida sobre a real vinculação dos precedentes, e, por conseguinte, provocar o descrédito do sistema judicial¹²⁸.

4.2.2.6 *Grau de vinculação intermediário (defensibly binding precedents)*

O grau intermediário, por sua vez, relaciona-se aos casos nos quais o precedente é vinculante ou meramente persuasivo, mas a existência de exceções e limitações legais faz com que esse precedente não seja tão vinculante ou se torne de vinculação obrigatória, respectivamente, no *caso sub judice*¹²⁹.

Para melhor entendimento, pode se exemplificar alguns casos de precedentes de eficácia intermediária: (a) as súmulas do STJ, em regra, possuem eficácia meramente persuasiva, contudo, assumem eficácia vinculante para autorizar o relator a obstar o seguimento do recurso (art. 557, *caput*, CPC de 1973); e (b) a jurisprudência dominante do STF, que também possui eficácia persuasiva, mas no caso da decisão recorrida que lhe seja contrária assume eficácia vinculante, para autorizar o relator monocraticamente prover o recurso (art. 557, parágrafo 1º, CPC de 1973).

É onde se encontra a força vinculativa da chamada “jurisprudência defensiva”, cunhada pelos Tribunais Superiores nos últimos anos com o fim de criar óbice aos milhares de recursos excepcionais a eles endereçados, em uma tentativa ainda mal estruturada de redução do volume de processos.

¹²⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias. **Do precedente judicial à sumula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 178.

¹²⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 350.

¹²⁸ TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 352.

¹²⁹ TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 427 – 429.

4.2.2.7 *Grau de vinculação fraco* (weakly binding precedents)

O último grau dessa escala relaciona-se aos precedentes com mero efeito persuasivo, ou seja, aqueles que possuem eficácia vinculante fraca. Neste caso, o juiz pode de modo discricionário não aplicar o precedente, haja vista que seus motivos determinantes não são de observância obrigatória.

No sistema brasileiro, qualquer decisão judicial pode servir de mote para decisões futuras perante casos análogos. A parte interessada ou mesmo o magistrado podem invocar uma decisão para sustentar ou motivar a sua tese jurídica. Não há regras rígidas que determinem quando e como isso pode acontecer.

Infelizmente, o maior exemplo de precedente de vinculação fraca que existe em nosso sistema são os precedentes dos próprios tribunais (locais ou superiores) para com eles mesmos: os desembargadores ou ministros não se sentem compelidos a seguir os precedentes instaurados em seu próprio tribunal, seja em câmaras ou turmas diferentes, seja em sua própria câmara ou turma.

No sistema de *common law* o contexto é bastante diverso, pois basta a invocação de uma única decisão para que essa seja considerada precedente obrigatório¹³⁰.

4.3 A EFICÁCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A dimensão da eficácia elaborada por Michele Taruffo constitui o meio relevante pelo qual se pode auferir quais os efeitos do precedente judicial no ordenamento jurídico pátrio, e dessa forma, criar possibilidade de sistematização do tema, isto é, criar parâmetros para se realizar a interpretação, aplicação e estabilização dos precedentes judiciais¹³¹.

O Novo Código objetiva estabelecer eficácia vinculante aos precedentes judiciais, bem como a eficácia das decisões que superam os precedentes vinculantes, de forma a respeitar os princípios da segurança jurídica, da confiança e da isonomia¹³². Ademais, visa à regularização dos casos em que a eficácia vinculante não incide, de modo a realizar a correta

¹³⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Jurisprudência na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em <<http://marinoni.adv.br>>. Acesso em outubro de 2015.

¹³¹ TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario**. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 430.

¹³² SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da Teoria de Michele Taruffo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 228, fev./2014, p. 349.

distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e o caso concreto sucessivo.

O art. 926 trata da uniformização da jurisprudência nos tribunais no dever de editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante. Seriam precedentes de vinculação intermediária, segundo a teoria de Taruffo: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

O art. 927, por sua vez, apresenta em seus incisos os precedentes de vinculação forte: “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”.

Explica Narda Roberta da Silva¹³³:

¹³³ SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da Teoria de Michele Taruffo**. Revista de Processo, São Paulo, v. 39, n. 228, fev./2014, p. 351.

De acordo com a sistemática processual anterior, somente as súmulas vinculantes do STF eram consideradas precedentes com grau máximo de eficácia. De acordo com a nova sistemática processual, amplia-se sobremaneira esse rol. Ademais, cada ente jurisdicional inferior ficará vinculado à decisão do órgão superior respectivo. Não haverá mais espaço para discricionariedade do julgador, salvo os casos que se revelem distintos das decisões elencadas como paradigmas.

No ensinamento de Mizabel Derzi e Thomas Bustamante¹³⁴:

Um discurso de aplicação implica apenas, como vimos de ver, que as normas judiciais a serem aplicadas em cada caso concreto devem ser reinterpretadas e ajustadas a cada nova situação que se apresente perante o julgador, na medida em que os âmbitos de incidência dessas normas judiciais se restringem aos casos idênticos àqueles de deram ensejo à enunciação da súmula jurisprudencial.

Nesse sentido, a eficácia máxima do precedente vinculante somente é vislumbrada quando há motivação racional, séria e convincente, seja para sua aplicação, seja para seu rechaçamento.

4.4 OS DESAFIOS A SEREM ENFRENTADOS ATÉ UMA NOVA TEORIA DOS PRECEDENTES NO BRASIL

Há pelo menos uma década¹³⁵ se vem falando no Brasil da necessidade da adoção do contraditório como garantia de influência e não-surpresa.

Essa concepção, já arraigada em outros países em face da percepção anterior da importância dos direitos fundamentais no dimensionamento e aplicação do direito processual, somente começou a ganhar maior destaque e efetividade no discurso processual pátrio há poucos anos. Nesses termos, viu-se a necessidade de se aprofundar o estudo sobre direitos fundamentais processuais também em nosso país, notadamente acerca do princípio do contraditório.

O Brasil e os tradicionais sistemas de *civil law* vêm vivenciando um movimento de convergência com o *common law* que não pode mais ser considerado aparente, devido à colocação de cada vez mais destaque no uso da jurisprudência como fundamento de prolação de decisões judiciais.

¹³⁴DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?**. In: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Freddie Didier Júnior, José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC**. 1ed.Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 333-362.

¹³⁵NUNES, Dierle José Coelho. **O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa**. (Mestrado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2003.

Os sistemas jurídicos contemporâneos, devido às suas complexidades, não se apresentam mais como modelos “puros” de aplicação, podendo-se perceber uma tendência mundial de convergência entre os sistemas de *common law* e *civil law*. Nesse sentido, países de tradição do *civil law*, como o Brasil, vêm adotando de modo mais denso em sua prática jurídica, e mesmo no desenho institucional de seus sistemas judiciários, um modelo de aplicação de precedentes como fonte do direito.

Enunciam Dierle Nunes e Rafaela Lacerda¹³⁶ que:

A aplicação de precedentes vem sendo vista como uma ferramenta essencial para a efetivação do princípio da segurança jurídica, bem como do princípio constitucional da fundamentação racional das decisões judiciais (art. 93, IX, CF), uniformizando a aplicação do direito e contribuindo para a celeridade e eficiência do sistema judicial. Isso porque o precedente (visto como modelo) facilitaria o julgamento de demandas repetitivas e, geralmente, implementaria, *a priori*, o princípio da igualdade formal entre os jurisdicionados, que, ao promoverem demandas, passariam, em tese, a contar com respostas uniformes por parte do Judiciário.

No entanto, é notável que a experiência de uso de precedentes no sistema judicial brasileiro tem se revelado acentuadamente diferente daquela dos países de tradição do *common law*. Tanto na doutrina quanto na prática jurídica, percebe-se uma enorme confusão conceitual no processo argumentativo ao se defender a aplicação de “súmulas”, “súmulas vinculantes”, “jurisprudência”, “julgados” e “precedentes”.

Pontue-se, ainda, o fato que a doutrina vem perdendo seu papel crítico na própria análise da consistência das decisões proferidas; sendo mais comum a assunção de um papel lamentável de subserviência a tais entendimentos.

Não apenas as partes sofrem com essa confusão, mas os próprios juízes que aplicam precedentes em suas decisões: falta de habilidade de manejo do *distinguishing* e do *overruling* e no respeito e continuidade às decisões proferidas pelas Cortes. Nesse contexto, não é incomum que um mesmo órgão jurisdicional profira decisões contraditórias sem tomar o cuidado de harmonizá-las com seu passado institucional.

Surgem, com isso, conflitos sincrônicos, que ocorrem quando a mesma matéria é decidida de modo diferente e concomitantemente ou em pequenos espaços temporais, e conflitos diacrônicos, quando o mesmo tema é decidido de modo diverso ao longo do tempo¹³⁷.

Chega-se ao absurdo de negar-se por completo o passado de análise do tema no tribunal, atribuindo uma força maior às decisões mais recentes, quando somente a busca do *leading case* e a reconstrução da cadeia de julgados, mediante uma comparação analítica e com integridade permitiria a aplicação correta.

Quanto à jurisdição de primeiro e segundo grau, o problema se torna ainda

¹³⁶ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Precedentes: primeiras conexões com o princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, v. 21, n. 83, jul./set. 2013, p. 31 – 32.

¹³⁷ TARUFFO, Michele. In: HODIUS (Coord.) **Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law**. Utrech. p. 184.

maior, pois se os julgados das Cortes Superiores encontram-se conflitantes, fica aberto o espaço para sua não aplicação pelas cortes locais, ou para o surgimento de “entendimentos” divergentes, subutilizando a estrutura constitucional do Judiciário brasileiro.

Portanto, nota-se a necessidade de adoção de uma sólida teoria de precedentes, para que o sistema judicial brasileiro possa gozar dos benefícios de previsibilidade, excelência e qualidade na produção de decisões judiciais que países legatários da doutrina do *stare decisis* gozam, minando problemas de insegurança jurídica e morosidade para os litigantes, em um contexto de amplo acesso à justiça democrático.

É absolutamente necessária a mudança de nosso paradigma de aplicação que se preocupa pouco com a *ratio decidendi* das demandas e contenta em aplicar mecanicamente os enunciados de súmulas, que parcamente representam o julgado utilizado como base.

4.5 CONEXÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COM O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

Ao se perceber um movimento no Brasil para o dimensionamento da litigiosidade repetitiva, na pauta jurídica foram reforçadas as críticas sobre como a jurisprudência deve ser formada e aplicada a fim de dar vazão aos milhões de processos dos “grandes litigantes” do país, sem, contudo, perder de vista o respeito pelo contraditório efetivo em sua formação.

Essa foi uma das grandes preocupações do Novo Código.

Os debates embalados durante o Projeto da Lei 13.105/15 demonstraram claramente a preocupação da comunidade jurídica com a ausência de “técnicas processuais constitucionalizadas” para a formação dos nossos “precedentes”¹³⁸.

Isto, pois, com a percepção do contraditório como uma garantia de influência e não-surpresa se vislumbra que sua aplicação não se resumiria à formação das decisões unipessoais (monocráticas), mas ganharia maior destaque na prolação das decisões colegiadas, com a necessária promoção de uma redefinição no modo de funcionamento dos tribunais.

O “tradicional” modo de julgamento promovido pelos ministros, juízes e desembargadores que, de modo unipessoal, com suas assessorias, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas

¹³⁸ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Precedentes: primeiras conexões com o princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, v. 21, n. 83, jul./set. 2013, p. 40.

próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar.

A aplicação de precedentes no Brasil assume a função de ressaltar a credibilidade do Judiciário garantindo ao litigante previsibilidade. Ocorre que, mantido o atual modelo de fundamentação de decisões em jurisprudência dominante, sem um debate e uma comparação analógica adequada, seria uma ilusão crer que a tradição judicial oferecerá tal segurança jurídica, visto que, como demonstrado, não tem ocorrido uma aplicação séria ou mesmo a construção de uma verdadeira tradição institucional de aplicação dos precedentes.

Assim, o perigo das “generalizações”, alardeado pela doutrina nacional, nada mais é que o perigo de coexistir o acesso à justiça democrático amplo ao lado da massificação dos conflitos.

Deve haver a adoção de uma Teoria dos Precedentes que esclareça qual a força vinculativa das decisões dos Tribunais Superiores e dos tribunais locais. No caso de possuírem força vinculante, devem-se definir mecanismos idôneos de aplicação, distinção e superação do precedente vinculante. Além disso, é urgente definir força vinculativa forte aos precedentes dos tribunais para com eles próprios (precedente horizontal).

Como se pode notar, ainda há muito até uma verdadeira aplicação do Direito Jurisprudencial no Brasil e, segundo Dierle Nunes¹³⁹, “o que mais preocupa é que muitos daqueles que se encontram ligados à tendência de padronização decisória se seduzam com o argumento simplista de “isso resolverá” o problema da litigiosidade repetitiva entre nós, sem que antes se problematize e se consolidem fundamentos consistentes de uma teoria de aplicação dos precedentes adequada ao direito brasileiro”.

Precisamos aprimorar o uso do contraditório substancial e do processo constitucional na formação dos precedentes – os custos da violação de um direito fundamental não se justificam pela meta a ser batida – não haverá precedente viável neste país enquanto não houver contraditório como garantia de influência e não-surpresa em todas as fases do processo de decisão.

¹³⁹ NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Precedentes: primeiras conexões com o princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado**. Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, v. 21, n. 83, jul./set. 2013, p. 61.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, o contraditório não era mais que mera obrigação da colher a manifestação do réu antes da audiência, surgida ainda no íncrito do direito romano; ou a disposição geral de devido processo, que tacitamente compreendia um contraditório primitivo, da *Magna Charta Libertatum*.

No Brasil, ainda que de forma tímida, esteve em várias Constituições pretéritas, ainda que sempre ligado à nota de culpa e instrução criminal.

Atualmente, o princípio do contraditório encontra guarida no inciso LV, art. 5º, da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesta toada, o contraditório representa um princípio constitucional processual.

Princípio porque é mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce sobre o qual se fundam outras tantas normas (processuais e materiais) e escopo racional de compreensão e inteligência do sistema normativo.

Constitucional porque está expressa e inegavelmente no seio da Constituição, Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro, revestido pelo manto dos direitos fundamentais.

E processual porque se dirige às normas processuais na busca de harmonização dentro do sistema, compondo o que se entende hoje por direito constitucional processual – mantido em grande medida dentro do art. 5º da Constituição e criado como um novo enfoque de se vislumbrar o processo.

O direito constitucional processual exige uma mudança de pensamento e postura da comunidade jurídica no sentido de se habituar à interpretação e à aplicação das normas processuais a partir do preceito constitucional. Fomenta um pensamento processual ideologicamente consciente de que as velhas vestes tecidas à teoria do processo já não mais servem às altas complexidades do mundo contemporâneo, sedento de efetividade e garantia de direitos fundamentais.

Não existiram grandes menções aos princípios processuais nas Constituições anteriores, devido à fragilidade política tão característica de quase todos os períodos da história brasileira. Mormente a partir da Constituição de 1988 e a estabilização da democracia é que este quadro começa a ser alterado.

Houve um verdadeiro transporte de princípios processuais para o texto

constitucional, *locus* de maior estabilidade dentro do ordenamento, passando-se a admitir a natureza constitucional destes princípios. O Novo Código de Processo Civil encampa claramente a teoria da força normativa dos princípios, adequando o processo à tutela efetiva dos direitos fundamentais e adequando-se ele próprio aos moldes constitucionais descritos.

Não poderia ser diferente com o princípio do contraditório: ele representa peça-chave dentro dessa nova teoria geral do processo preocupada com a defesa e efetivação dos direitos fundamentais.

O princípio do contraditório, em sua explicação clássica, expressava a ciência bilateral dos atos e a possibilidade de contrariá-los. Com as lentes do direito processual constitucional, o princípio reclamou complementação de seu tratamento, ávido a superar esta visão estática que sempre lhe foi atribuída. A nova ótica substancial do contraditório obviamente não cabia no modelo vigente até metade do século XX, que acreditava que o julgador era o protagonista do processo. Foi apenas a partir da segunda metade do século passado que os reclames por uma nova ordem social e processual incluíram em suas pautas os reclames sociais por concretização de direitos fundamentais.

O conceito de processo como procedimento em contraditório surgiu com a célebre prolução de Elio Fazzalari, ainda na década de 1950, quando percebeu que existia neste uma estrutura dialética que possibilitava a participação dos interessados à fase preparatória do provimento. Existiria, assim, processo, quantas vezes a norma predispuesse para o cumprimento de uma atividade a estrutura dialética e recíproca de paridade, ou seja, existiria processo toda a vez que houvesse contraditório.

Evidentemente que a partir desse conceito se percebeu que a estruturação do processo necessitava da implementação de um conjunto de garantias processuais constitucionais na qual o contraditório constitui importante pilar.

Dentre todos os fenômenos que instigaram o movimento transformador, há de se destacar (a) o desenvolvimento de uma dimensão substantiva do devido processo legal; (b) a revitalização do caráter problemático do direito diante da complexidade do mundo contemporâneo; (c) a tomada de consciência de que o juiz também é agente político do Estado, portanto garantidor da democratização do processo; (d) a própria verificação, na prática forense, das desigualdades, de várias ordens, entre as partes processuais e (e) a complementar tomada de consciência de que a qualificação profissional e os amplos instrumentos de pesquisa de passaram a fazer parte do cotidiano no juiz não torna desnecessária a cooperação deste com as partes em prol da formação plurilateral da prestação

jurisdicional.

Frente às sobreditas alterações históricas, a garantia do contraditório toma nova face, recuperando o valor essencial do diálogo e da efetivação dos direitos fundamentais para a formação da prestação jurisdicional. De fato, nota-se hoje que o processo deve estar voltado para o futuro, já que o critério estabelecido em um determinado julgado cada vez mais produz efeitos para a coletividade, servindo de base para casos semelhantes que venham a ser apreciados.

No Estado de Direito atual, os cidadãos não podem mais de enxergar como sujeitos passivos nos assuntos que lhes dizem respeito, mas devem atuar ativamente dentro dos espaços públicos de debate, inclusive o judicial – e este é o cerne do contraditório. O princípio do contraditório é, portanto, reflexo do princípio democrático dentro da estrutura processual. Democracia é participação e a participação no processo opera-se pela efetivação do contraditório.

Em termos históricos, é possível observar duas conhecidas dimensões do princípio: a dimensão meramente formal e a dimensão efetivamente material (ou substancial, como se adotou neste estudo). O que privilegiamos hoje como contraditório substancial pode ser decomposto em duas grandes garantias: (a) participação com influência e (b) não-surpresa.

Obras da literatura jurídica clássica nacional difundiram a noção de contraditório como “princípio da garantia bilateral”. Contudo, este conceito, apesar de válido, é restritivo.

O direito alemão descortinou entre os estudos processuais comparados uma dimensão mais completa e coesa do princípio. Trata-se do poder de influência e a garantia da não-surpresa. Foi uma tomada de consciência no sentido de admitir que não basta que a parte participe do processo, apenas isso não é suficiente para se concretize o princípio do contraditório: é necessário que se permita que ela realmente seja ouvida em condições de influenciar a decisão do órgão jurisdicional, evitando, com isso, a prolação de decisões com argumentos desconectados de sua realidade.

Como poderia o órgão jurisdicional punir alguém sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição? Todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem, por ventura, possa ser atingido com seu exercício.

A preocupação do legislador nacional e estrangeiro em extinguir o fenômeno da decisão-surpresa dos seus sistemas jurídicos é visível no art. 3º, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil português; no art. 16 do *Nouveau Code de Procedure Civile* francês e, mais recentemente, no recém-promulgado Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 10.

A teratologia decorrente da decisão-surpresa fica evidente pela impossibilidade das partes de exercerem influência na decisão judicial, maculando, pois, o contraditório substancial. Deve ser declarada nula por expressa disposição constitucional (art. 93, IX, CF) toda a decisão que desatender o contraditório, pois evidencia o descumprimento do dever-ônus do juiz em provocar o prévio e exauriente debate entre as partes.

Não se pode olvidar, então, a relevante participação do juiz no contraditório como garantidor e destinatário do princípio, vez que tem os instrumentos para instigar a construção coletiva das respostas às demandas complexas que hoje se apresentam à porta do Judiciário.

Não se ignora, tampouco, a existência de exceções ao princípio do contraditório substancial dentro do sistema processual civil. Tais hipóteses estão previstas atualmente no parágrafo único do art. 9º do Código de 2015, exemplificadas, sobremaneira, na concessão das tutelas de urgência e evidência *inaudita altera parte*. Contudo, mesmo nestas situações, o contraditório não é de todo esquecido, mas sim diferido no tempo, pois relegado ao momento posterior à decisão (que, por óbvio, não deve ser a final).

Fica clara a importância do aprofundamento dos estudos acerca dos direitos fundamentais processuais em nosso país, seja pela reafirmação do escopo constitucional, seja pela necessidade de uma nova teoria geral do processo voltada para a efetivação destes direitos.

Há de se admitir a falência do modelo processual entre nós imposto – modelo este que esculpiu no juiz uma figura assemelhada ao Deus-Pai, que tudo sabe e é sempre justo, impregnando a jurisdição de um patriarcalismo insustentável – exemplificada neste estudo através dos enunciados propostos pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, a ENFAM.

Alguma esperança surge no sentido da mudança com a promulgação da Lei 13.105/15 – o Novo Código de Processo Civil –, o primeiro de seu gênero gestado sob a égide da democracia no Brasil.

A anotação é importante.

O Novo Código é fruto de muito compromisso e dedicada ação no sentido da mudança dos ranços históricos da prestação jurisdicional em nosso país. Foi sugerido por uma comissão de juristas em 2009 e aprovado pelo Senado no final de 2010. Passou à Câmara, casa revisora, onde amadureceu por três anos. Uma nova versão foi aprovada em março de 2014, retornando para o Senado, que deu palavra final sobre o tema ainda no final do mesmo ano. Foi sancionado em 16 de março de 2015 pela Presidente da República e publicado no

Diário Oficial da União no dia seguinte, iniciando a *vacatio legis*.

O presente estudo se perfaz durante esta *vacatio legis*, momento em que se presta a trazer luz sobre os desafios e mudanças sugeridos pela nova lei.

Uma das mais significativas mudanças se resume no tripé que o sustenta o Novo Código. Este tripé, como se convencionou chamar, inicia-se pelo (a) contraditório substancial, passa pela (b) fundamentação das decisões e culmina com o (c) novo sistema de precedentes proposto.

Ele atua em uma lógica circular: apenas com um contraditório efetivamente substancial (isto é, aquele que tomou o cuidado de fomentar a participação com influência e a não-surpresa) é que as decisões poderão ser consideradas verdadeiramente fundamentadas para o caso concreto, o que constituirá uma *ratio decidendi* suficientemente segura aos anseios do novo sistema de precedentes. O inverso também é observável: é fraco e imaturo qualquer precedente formado sem uma fundamentação integral, visto que não cuidou do contraditório substancial.

Identifica-se, radiograficamente, uma principiologia inédita se comparada ao do Código de 1973: a ideia por trás da ressignificação dos conceitos de contraditoriedade, fundamentação e precedente demonstra o inegável anseio da comunidade jurídica por um processo civil mais democrático. É uma conscientização acerca da relatividade histórica do direito e do processo capaz de traduzir a cultura do seu tempo em sua interpretação.

O fato de termos um Novo Código de Processo Civil promulgado, por si só, não constitui mais que a promessa de um novo processo civil, isso porque a lei só logrará êxito com uma notável carga de boa-vontade de seus intérpretes. A Exposição de Motivos não deixa dúvidas a respeito das intenções do Novo Código. Conforme preleciona, deixou-se de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos e passou-se a contemplá-la como meio pelo qual se realizam os valores constitucionais. Explicita-se que um dos objetivos norteadores do trabalho da comissão de juristas que encampou o projeto foi o de estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina do Novo Código com a Constituição Federal. Essa ideologia ficou registrada, precipuamente, nos doze primeiros artigos da lei, intitulados como normas fundamentais processuais.

É dentro destes doze primeiros dispositivos que se positivaram as garantias de influência e não-surpresa do contraditório substancial, bem como outros princípios corolários, notadamente a cooperação ou boa-fé processual. O processo cooperativo se efetiva através de

deveres mútuos estabelecidos entre as partes e o Judiciário, como o dever de esclarecimento, de prevenção, de consulta, de prestação e de auxílio.

O art. 10, a rigor, encampa a garantia de não-surpresa das decisões judiciais, enquanto o *caput* do art. 9º traduz a ideia de participação com influência nos provimentos. O art. 7º deixa expresso o dever do juiz em zelar pelo efetivo contraditório e os arts. 5º e 6º veiculam o princípio da boa-fé processual. Esses artigos funcionam como o “grande *caput*” da lei nova, estendendo suas eficácias para todos os demais dispositivos postos. Toda a interpretação que não os levar em consideração não passará de hermenêutica anômala e descompassada.

Inegável que a estrutura processual arquitetada pela lei recém-promulgada é promissora, digna de depósito de confiança não só jurídico, mas ético e social. É na assimilação do conceito de contraditório substancial que reside a esperança para a superação de um sem número de pontos nefrálgicos da atual administração judiciária.

O reforço do contraditório em determinado sistema é, sem dúvida, uma opção política. O momento atual é de discussão acerca da implementação de um Novo Código, logo é importantíssimo indagar se o diploma espelha o modelo de processo idealizado na Constituição.

É sabido que durante a vigência do Código de 1973 se consolidou jurisprudência no sentido de que os juízes e tribunais não estão obrigados a responder a todos os argumentos trazidos pelas partes. O Novo Código, na tentativa de superação desta visão simplista, redigiu o parágrafo 1º do art. 489, que enuncia todas as manifestações jurisdicionais que não se consideram fundamentadas, sob pena de nulidade.

Busca-se, com o reforço às boas fundamentações, redimensionar a feição jurisdicional no país, a fim de que se instale um sistema de precedentes seguro e estável.

Ao longo dos anos, a tradição jurisprudencial evoluiu muito no Brasil, instalando aqui um complexo e curioso sistema de precedentes que envolve desde julgados-paradigma até súmulas vinculantes e persuasivas. Com o fim de se corrigir técnicas processuais mal empregadas, faz-se necessária a adoção de uma forte Teoria de Precedentes, ainda que adaptada à realidade brasileira, mas que corrija as incongruências do sistema, o tornando lógico e palatável ao jurisdicionado.

A teoria de Michele Taruffo mostra-se promissora para este papel. Em 1994, Taruffo sugeriu uma conceituação da teoria geral do precedente alicerçada em quatro dimensões, quais sejam: institucional, objetiva, estrutural e de eficácia. O escopo dessa teoria

é explicar o fenômeno do precedente tanto em ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica quanto nos de *common law*, bem como definir as características mais importantes dos precedentes. O grande espaço de construção da teoria se encontra dentro da dimensão da eficácia, que propõe a existência de precedentes de vinculação absoluta, intermediária e fraca.

O Novo Código visa instituir eficácia vinculante aos precedentes judiciais, bem como a eficácia das decisões que superam os precedentes vinculantes, de forma a respeitar os princípios de segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do sistema. Objetiva estabelecer à regularização dos casos em que a eficácia vinculante não incide, de modo a realizar a correta distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e o caso concreto sucessivo (arts. 926 e 927).

De acordo com a sistemática processual anterior, apenas as súmulas vinculantes do STF eram consideradas precedentes com grau máximo de eficácia. De acordo com a nova sistemática processual, amplia-se sobremaneira esse rol. Ademais, cada ente jurisdicional inferior ficará vinculado à decisão do órgão superior, não permitindo espaços para conflitos sincrônicos (quando uma matéria é decidida de modo diferente e concomitantemente ou em pequenos lapsos temporais) e conflitos anacrônicos (quando o mesmo tema é decidido de modo diverso ao longo do tempo).

Ao se perceber no Brasil um movimento pelo “envase” da litigiosidade repetitiva. Os espaços de debate jurídico construíram críticas sobre como a jurisprudência deveria ser formada e aplicada a fim de dar vazão aos milhões de processos dos “grandes litigantes” no país, sem, contudo, perder de vista o respeito pelo contraditório efetivo em sua formação. Essa foi uma das grandes inquietações do Novo Código. Se fosse mantido o atual modelo de fundamentação das decisões seria uma ilusão crer que a tradição judicial ofereceria a segurança jurídica e a previsibilidade almejadas pelo cidadão destinatário do sistema.

Cumprе salientar, por fim, as grandes vicissitudes encartadas no Novo Código de Processo Civil, latentes nos anseios de melhoria dos grandes gargalos do Judiciário. Representam a esperança de superação (a) da falta de lealdade processual; (b) da cultura protelatória dos recursos; (c) da morosidade processual; (d) da esquizofrenia das sentenças; (e) das interpretações perversas da lei e dos precedentes; (f) dos interesses escusos nos provimentos; (g) da falta de empatia entre as partes e o Judiciário; (h) do desgaste da estrutura jurisdicional ao dar saída – de maneira industrial – à litigiosidade compulsiva; (i) da franca vinculação dos precedentes verticais e horizontais; (j) da desumanização dos julgamentos; (k) das “sentenças-carimbo”; (l) do muro de contenção que separa as partes da honesta

participação com influência; (m) das decisões-surpresa; (n) do caos jurisprudencial; (o) da insegurança jurídica e imprevisibilidade do sistema; (p) do patriarcalismo da jurisdição e tantas outras mazelas da administração jurisdicional brasileira.

A lógica do contraditório pleno almeja semear em mentes e almas o estímulo ao diálogo, à participação, à honestidade processual e ao enfrentamento dos pontos de estrangulamento do atual sistema judicial brasileiro.

A boa técnica da fundamentação ensina humildade, atenção e zelo no trato do processo, entendido não apenas como uma pilha de páginas catalogadas e distribuídas friamente pela estrutura burocrática, mas compreendida como a representação do direito de pessoas, seres humanos, sujeitos de direitos fundamentais.

A forte teoria dos precedentes pretende elucidar o que pode ou não ser considerado precedente, estimulando a doutrina e jurisprudência em busca de classificações sérias acerca da eficácia vinculativa, conferindo ao sistema os grandes compromissos jurídicos de segurança, previsibilidade e estabilidade das respostas exigidas pelo mundo complexo.

O Novo Código, como um todo, representa incontestável passo em direito a uma nova teoria geral do processo, teoria esta preocupada mais com os anseios por efetividade dos direitos fundamentais do que com o preciosismo da forma.

O advento de uma nova hermenêutica, despida dos velhos preconceitos, é muito importante para o desenho desta nova teoria, pois tem a chance de inculcar nos intérpretes tradicionais o respeito à Constituição e às demandas sociais através do processo. Tanto Constituição quanto Novo Código não possuem força apenas para regular o presente, mas o futuro, um futuro capaz de construir respeito e articulação do núcleo de direitos fundamentais que, atuantes sobre uma base processual, adequar-se-ão aos fins de forma tão rica quanto a diversidade que os gerou.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2001.

Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em novembro de 2015.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Manual de direito processual civil**. 15. ed. São Paulo, RT. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos Princípios**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

BENVENUTI, Feliciano. **Funzione amministrativa, procedimento, processo**. Rivista trimestrale di Diritto Pubblico. Milão: A. Giuffrè, ano II, 1952.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **O processo civil participativo - A efetividade constitucional e o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 37, n. 205, mar./2012, p. 333-345.

BUENO, Cassio Scarpinella. **(In)devido processo legislativo e o novo código de processo civil**. Disponível em <[http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/32%20-%20Novo%20CPC%20e%20Devido%20processo%20legislativo%20\(Rivista%20AASP\).pdf](http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/32%20-%20Novo%20CPC%20e%20Devido%20processo%20legislativo%20(Rivista%20AASP).pdf)>. Acesso em outubro de 2015.

BUSTAMANTE, Thomas. **Precendet in Brazil**. In: HODIUS (Coord.). *Precendent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law*. Utrech, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v.126, ago./2005, p. 59-81.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo CPC e o princípio do contraditório**. Disponível em <<http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio/>>. Acesso em outubro de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

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

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **O princípio do contraditório e a cooperação no processo**. 2015. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em setembro de 2015.

_____. **O princípio do contraditório e a participação no processo**. Revista Brasileira de Direito Processual: RBDP. Belo Horizonte, ano 20, n. 79, jul./set. 2012, p. 147 – 159.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DE AVELAR LAMY, Eduardo. Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 301 - 325, dez. 2014. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2014v35n69p301>>. Acesso em: novembro de 2015.

DELGADO, José Augusto. **Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil**. Revista Jurídica, São Paulo, v. 285, jul./2001, p. 31-60.

DERZI, Misabel; BUSTAMANTE, Thomas Rosa. **O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro?** In: Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Júnior, José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 333-362.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). **Processo civil reformado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O princípio do contraditório**. Revista Processual Geral do estado de São Paulo, n. 19, p. 21 – 38

Enunciados da ENFAM. Disponível em <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em outubro de 2015.

FAZZALARI, Elio. **Diffusione del processo e compiti della doutrina**. Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milão: A. Giuffrè, n. 3, 1958. p. 193 - 870

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

FRIEDE, Roy Reis. **Do princípio constitucional do contraditório: vertentes material e formal**. Revista dos Tribunais: RT, São Paulo, v. 103, n. 946, ago./2014, p. 113-125.

GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

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

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, Coleção José do Patrocínio, 2005.

_____. **Instituições de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Publicismo e privatismo do processo civil**. Revista de Processo: RePro, São Paulo, v.164, n. 49. out./2008, p. 49 – 52.

GUERRA, Marcelo. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

- JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 13. ed., 2014.
- KOPLIN, Klaus Cohen. **O Novo CPC e os direitos fundamentais processuais**. Disponível em <https://www.academia.edu/11854909/O_novo_CPC_e_os_direitos_fundamentais_processuais>. Acesso em novembro de 2015.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- LEITE, Gisele. **O princípio do contraditório no direito processual contemporâneo**. Revista Juris Plenum, Caxias do Sul, v. 11, n. 61, jan./2015, p. 101-110.
- LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- LOPES, Raquel Cardoso. **Uniformização da jurisprudência**. Revista Forense. São Paulo, n. 390. p. 572 – 573
- MANO, Lilian Rodrigues. **A necessária observância do contraditório para a formação de uma decisão judicial legítima e a proibição de decisão surpresa**. Revista Forense. n. 420. p. 456.
- MANZIN, Jaime. **El Estado como sujeto del proceso**. Boletín Mejicano de Derecho Comparado, n. 22 – 23, ano 8. p. 525 – 536
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: RT, 2010.
- _____. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- _____. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010, p. 60.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil da Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2013.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Jurisprudência na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em <<http://marinoni.adv.br>>. Acesso em outubro de 2015
- NUNES, Dierle José Coelho. **O princípio do contraditório**. Boletim técnico da Escola Superior da Advocacia da OAB/MG. Belo Horizonte, v. I, jan./jun./2004, p. 46.
- _____. **O princípio do contraditório**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, Síntese, v. 29, mai./2004, p. 73-85.
- _____. **O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa**. (Mestrado em Direito Processual). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2003.

NUNES, Dierle; LACERDA, Rafaela. **Precedentes: primeiras conexões com o princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC projetado.** Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro, Belo Horizonte, v. 21, n. 83, jul./set. 2013, p. 27-62.

OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração.** São Paulo: Revista dos Tribunais: RT, 2007.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto; ARMELIN, Donaldo (Coord.) **As liminares *inaudita altera parte* e a garantia constitucional-processual do contraditório. Tutelas de urgência e cautelares.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.025

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. **Comentários ao código do processo civil.** Coimbra: Almedina, 2004. v. I, p. 266

RUBIN, Fernando. **O contraditório na visão Cooperativa do processo.** Revista Dialética de Direito Processual: RDDP, São Paulo, n. 94, jan./2011, p. 28-44.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, v. I, 1967. p. 387.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Vedação à decisão surpresa no processo civil.** Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012, p. 122.

SÊNECA. **Medeia.** Tradução de Ana Alexandra Alves de Sousa. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da Teoria de Michele Taruffo.** Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 39, n. 228, fev./2014, p. 345-355.

SILVA, Paula Costa e. **O processo e as situações jurídicas processuais.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.** Salvador: JusPodivm, 2008. p. 790 – 791

SOUZA, Miguel Teixeira de. **Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”.** Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, ano 55, jul. de 1995, p. 361

_____. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

TARUFFO, Michele. **Dimensioni del precedente giudiziario.** Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n.2, 1994, p. 411 – 430

_____. In: HODIUS (Coord.) **Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law.** Utrech, 2006.

_____. **Precedentes e jurisprudência.** Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 36, n. 199, set./2011, p. 139 - 155.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O processo civil na nova Constituição.** Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 53, jan./mar. 1989, p. 78.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais do direito processual civil.** Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 23, jul./set. 1981, p. 174-175.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano.** Milão: A. Giuffrè. 1974.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução?** Revista de Processo: RePro, São Paulo, v. 98, abr./jun. 2000, p. 296.

WEDY, Gabriel Tedesco. **O princípio do contraditório como garantia constitucional.** Revista Jurídica. Porto Alegre, n. 350, dez./2006, p. 11-37.