



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Antonio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque

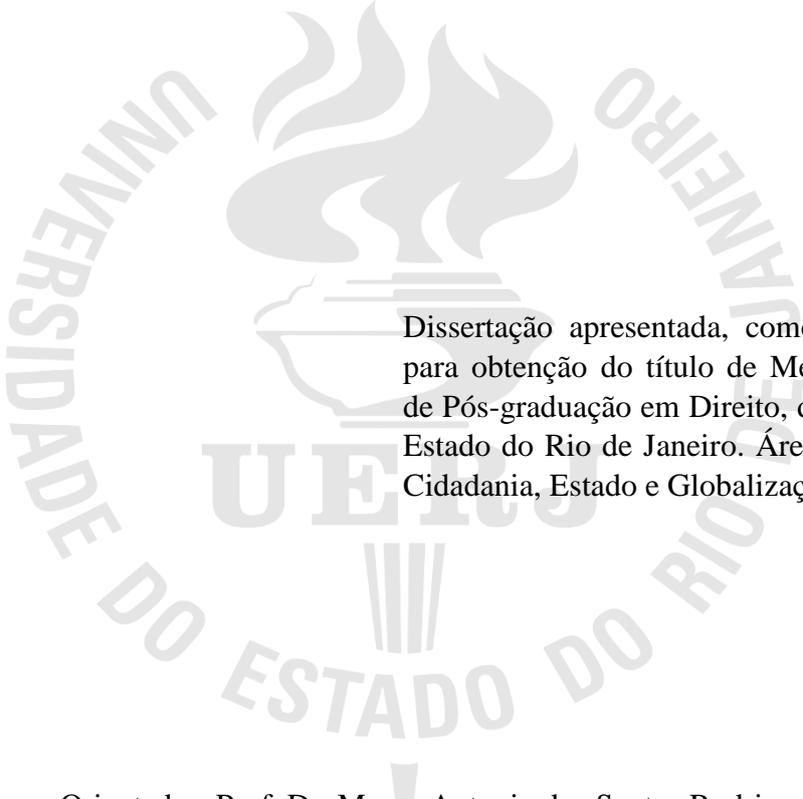
**Legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação: as quatro dimensões do contraditório participativo e a decorrente vedação de decisões-surpresa**

Rio de Janeiro

2015

Antonio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque

**Legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação: as quatro dimensões do  
contraditório participativo e a decorrente vedação de decisões-surpresa**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C331

Carvalho e Albuquerque, Antonio Joaquim Pires de.

Legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação: as quatro dimensões do contraditório participativo e a decorrente vedação de decisões- surpresa / Antonio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque. – 2015.

150 f.

Orientador: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Processo civil - Teses. 2.Contraditório (Direito) –Teses. 3. Boa-fé (Direito) – Teses. I.Rodrigues, Marco Antonio dos Santos. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/95

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Antonio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque

**Legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação: as quatro dimensões do  
contraditório participativo e a decorrente vedação de decisões-surpresa**

Dissertação apresentada, como requisito parcial  
para obtenção do título de Mestre, ao Programa  
de Pós-graduação em Direito, da Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração:  
Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 21 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues (Orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof. Dr. Fredie Didier Jr.  
Universidade Federal da Bahia

---

Prof. Dr. Bruno Freire e Silva  
Faculdade de Direito - UERJ

Rio de Janeiro  
2015

## **DEDICATÓRIA**

À Mariana e Antonio Pedro, minha vida.

## AGRADECIMENTOS

O presente trabalho compreende, na medida do possível, o ápice de dois anos e meio de intensa e gratificante dedicação ao estudo da ciência processual, ao longo dos quais tive a oportunidade e o prazer de participar de instigante ambiente intelectual, assim como conviver e, mesmo, tornar-me amigo de acadêmicos, docentes e discentes, dedicados ao aprimoramento do Direito, ciência que, por amor e escolha, preenche os meus dias.

Nessa trajetória, algumas pessoas foram marcantes, seja pelo constante apoio e estímulo, seja pela generosidade e amizade, seja mesmo pelo simples, porém indispensável, fato de estarem incondicionalmente ao meu lado, auxiliando-me, tranquilizando-me e confortando-me nos momentos de dúvida e dificuldade – não foram poucos – provenientes da empreitada, ousada reconhecendo, de conciliar a atividade acadêmica, a advocacia privada e as funções de Procurador do Estado do Rio de Janeiro lotado na Chefia da Procuradoria de Pessoal, carinhosamente referida, simplesmente, como PG-4.

Refiro-me aqui à Mariana, minha amiga, esposa e alma gêmea, sem qual a vida não teria qualquer sentido e graça. Ao meu filho, Antonio Pedro, minha essência e alegria. Ao meu pai, Carlos Alberto, ao meu irmão, Beto, e à minha mãe, Eliane, que, juntos, são a minha família, a minha história, quem eu sou.

Refiro-me, ainda, ao meu amigo e orientador, Marco Antonio dos Santos Rodrigues, que, desde a inconstante assinatura de minha carta de recomendação para o processo seletivo, passando pelas estimulantes aulas, até a orientação deste trabalho, sempre esteve presente para ajudar-me nesta travessia.

Aos amigos e sócios de Motta, Fernandes Rocha - Advogados, em especial Eduardo Araújo Jorge e Marcio Marçal, pela tolerância em compreender minhas ausências, pela proatividade em suprir minhas omissões e por representarem o real significado de amizade.

Aos irmãos e parceiros de luta no *front* da Chefia da PG-4, Bruno Veloso de Mesquita, Rafael Gaia Edais Pepe, Mariana de Sousa Carvalho, Alice Bernardo Voronoff, Giselle Weber Martins Alves e Marcus Vinícius Cardoso Barbosa, pela generosidade e pela incondicional ajuda, sem as quais jamais seria possível alcançar a tranquilidade necessária para levar adiante esta empreitada.

Ao amigo e colega de Procuradoria Guilherme Jales Sokal, cuja empolgação pela ciência processual e paciência, especialmente para ouvir-me recitar, questionar e debater a

bibliografia do processo seletivo do mestrado, foram decisivas para o meu ingresso no mundo acadêmico.

A vocês, fica aqui o meu sincero agradecimento.

“Que importam ameaças e baldões? Viver 62 anos de vida honrada e acabar no cumprimento do dever, por uma causa nobre e santa, proclamando a verdade, vingando a Lei, desagravando a Justiça, é o mais invejável dos destinos. Não tenho, nunca tive outra aspiração”.

Ministro A. Pires e Albuquerque

## RESUMO

ALBUQUERQUE, Antonio Joaquim Pires de Carvalho e. **Legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação:** as quatro dimensões do contraditório participativo e a decorrente vedação de decisões-surpresa. 2015. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

O presente trabalho trata da influência do neoconstitucionalismo sobre o acesso à Justiça e o princípio do contraditório, da qual resulta sua compreensão não apenas como garantia formal, compreendida no brocardo *audiatur et altera pars*, mas também como garantia de participação efetiva no processo. Em razão disso, extraem-se do princípio quatro dimensões bem definidas: instrumento de legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação, as quais confluem para a vedação de prolação de decisões-surpresa, assim consideradas aquelas escoradas em questões não submetidas ao contraditório.

Palavras-chave: Processo Civil. Neoconstitucionalismo. Contraditório participativo. Vedação de decisões-surpresa.

## ABSTRACT

ALBUQUERQUE, Antonio Joaquim Pires de Carvalho e. **Democratic legitimacy, influence, good faith and cooperation:** four dimensions of the right to be effectively heard and the consequent prohibition against surprise decisions. 2015. 150 f. Dissertation (Master Degree in Procedural Law) – Faculty of Law, University of the State of Rio de Janeiro, 2015.

This paper focus on the influence of the neo-constitutionalism theory over the access to Justice and the right to be heard in court, from which derives the comprehension of such right as not only a formal guaranty, as stated in Latin term *audiatur et altera pars*, but also as the right to effectively participate in the legal proceeding. Therefore, shall be extracted from such right four well-defined dimensions: instrument of democratic legitimacy, influence, good faith and cooperation, all of which converge to the prohibition against surprise decisions, that comprehends any decision based on questions not submitted to parties' debate in the legal proceeding.

Keywords: Civil procedure. Neo-constitutionalism. Right to be heard. Prohibition against surprise decisions.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC	Código de Processo Civil (1973)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
EC	Emenda Constitucional
NCPC	Novo Código de Processo Civil (2015)
ÖZPO	Ordenança Processual Civil Austríaca
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código de Processo Civil alemão)

## SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO .....	12
1	<b>NEOCONSTITUCIONALISMO, ACESSO À JUSTIÇA E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO</b> .....	18
1.1	<b>Premissas históricas e filosóficas: do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo</b> .....	18
1.2	<b>Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito</b> .....	21
1.3	<b>Reflexos do neoconstitucionalismo sobre o acesso à justiça</b> .....	28
1.4	<b>Garantias fundamentais do processo</b> .....	36
2	<b>EVOLUÇÃO: DO CONTRADITÓRIO FORMAL AO PARTICIPATIVO</b> ....	41
2.1	<b>Contraditório: origem e descrédito do princípio</b> .....	41
2.2	<b>O contraditório como direito à audiência bilateral (<i>audiatur et altera pars</i>)</b> .....	45
2.3	<b>Neoconstitucionalismo e as quatro dimensões do contraditório participativo</b> .	47
2.3.1	<u>Premissas teóricas</u> .....	47
2.3.2	<u>Contraditório como instrumento de legitimação democrática</u> .....	50
2.3.3	<u>Contraditório como influência</u> .....	55
2.3.4	<u>Contraditório como boa-fé</u> .....	61
2.3.5	<u>Contraditório como cooperação</u> .....	70
2.3.5.1	Cooperação no direito comparado: a experiência francesa, alemã e portuguesa .....	84
2.3.5.2	O Novo Código de Processo Civil e o princípio da cooperação .....	91
2.4	<b>Contraditório participativo e a garantia da razoável duração do processo</b> .....	95
3	<b>CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO COMO VEDAÇÃO DE DECISÕES-SURPRESA</b> .....	98
3.1	<b>A vedação e os seus respectivos contornos</b> .....	98
3.2	<b>Nulidade das decisões-surpresa</b> .....	109
3.3	<b>Prática e correções promovidas pelo Novo Código de Processo Civil</b> .....	117
3.3.1	<u><i>Iura Novit Curia</i></u> .....	120
3.3.2	<u>Dinamização do ônus probatório</u> .....	122
3.3.3	<u>Agravo Interno</u> .....	127

<b>CONCLUSÃO</b> .....	129
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	135

## INTRODUÇÃO

Com a retomada da carga axiológica do princípio do contraditório a partir da segunda metade do século passado, fruto, basicamente, da reaproximação entre o Direito e a Ética, promovida pelo pós-positivismo<sup>1</sup>, e da constitucionalização do Direito<sup>2</sup>, passou-se a compreendê-lo não apenas como direito formal à audiência bilateral, mas também, e muito mais do que isso, como o direito fundamental de poder influir, de maneira efetiva, na formação das decisões judiciais.

Pressupõe o contraditório, dessa forma, a atuação das partes e, *incontinenti*, o poder delas de influenciar, mediante persuasão racional, o convencimento do magistrado sobre o acerto do direito controvertido.

Junto com a ampla defesa, à qual está indissociavelmente ligado, revela-se uma das garantias constitucionais essenciais do processo, sem a qual não é - nem jamais será - possível falar-se em processo justo, assim compreendido aquele que, a um só tempo, resguarda as garantias constitucionais das partes e, nas palavras de Chiovenda, confere a quem tem direito tudo aquilo, e exatamente aquilo, a que faz jus.

A esse respeito, pontua Leonardo Greco<sup>3</sup> que:

Talvez a mais importante dessas garantias [do processo judicial], porque ela própria engloba diversas outras, é a garantia do contraditório, consagrada no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Contraditório como implementação no processo judicial do princípio político da participação democrática ou da chamada democracia participativa. Contraditório como garantia que assegura aos sujeitos parciais do processo a mais ampla possibilidade de influir eficazmente em qualquer provimento jurisdicional, especialmente o provimento jurisdicional final, submetendo à cognição do juiz todas as alegações e provas que possam contribuir para essa influência. Contraditório como influência com paridade de armas.

<sup>1</sup> O pós-positivismo representa o marco filosófico do novo Direito Constitucional, consubstanciando a confluência entre o Jusnaturalismo (que veiculava princípios universais de justiça) e o positivismo (que promovia a equiparação do Direito à Lei). Sem recorrer a categorias metafísicas, buscou empreender a releitura moral do Direito, calcada, basicamente, nas seguintes premissas: (a) reentronização dos valores na interpretação jurídica, (b) reconhecimento da normatividade dos princípios e (c) dignidade da pessoa humana como pedra angular da Teoria dos Direitos Fundamentais.

<sup>2</sup> A constitucionalização do Direito representou a transferência da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, a qual, assim, passou a desfrutar, não apenas de superioridade formal, mas também material, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Em razão disso, a Constituição passou a representar, não apenas um sistema em si mesmo considerado, mas também um modo de olhar, interpretar e condicionar os demais ramos do direito (filtragem constitucional). Para uma noção mais abrangente do tema, ver BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>3</sup> GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 273.

Assim, essa concepção de contraditório participativo, fortemente influenciada pela carga axiológica do princípio da dignidade humana, aproxima-o do princípio da participação democrática, em razão do qual, de simples espectadoras, as partes devem efetivamente auxiliar na condução, na formação e na solução da lide, de sorte a resguardar a efetividade do processo.

Ademais, embora tradicionalmente compreendido como uma garantia destinada às partes do processo, o contraditório participativo emerge como dever para o magistrado<sup>4</sup>, a servir de norte, isto é, como parâmetro de atuação, exigindo-se dele – sob a influência de um processo publicístico – postura ativa<sup>5</sup> para a construção de um diálogo humano, horizontal<sup>6</sup>, flexível<sup>7</sup> e desburocratizado com as partes, visando à justa composição da lide e à isonomia substancial entre os litigantes (paridade de armas).

Nas palavras de Nicola Picardi<sup>8</sup>, o contraditório, nesse cenário, passa a representar mais do que o instrumento de luta entre as partes; apresenta-se como instrumento de operação do magistrado. Ou, como bem colocado por Dinamarco, o juiz deve exercer a jurisdição com a colaboração das partes, em prol da boa qualidade da prestação jurisdicional<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Candido Rangel Dinamarco enfatiza que o contraditório possui dupla destinação, pois significa, não só garantia às partes, mas “também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como aberto para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 220.

<sup>5</sup> Inclusive ao que é pertinente às iniciativas probatórias, até mesmo porque, consoante apontado com a costumeira elegância por José Carlos Barbosa Moreira, “Julgar segundo as regras de distribuição do ônus não é atitude que tranquilize de todo o juiz consciente de sua responsabilidade: ele atira no escuro; pode acertar o alvo, mas pode igualmente errar, e sua sentença, injusta, produzirá na vida dos litigantes efeitos diversos dos queridos pelo ordenamento jurídico, quando não diametralmente opostos”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

<sup>6</sup> Nesse sentido, pontuou o ex-Ministro Edson Vidigal, do Superior Tribunal de Justiça, que o magistrado “deveria morar no mesmo bairro, conviver com as pessoas. Não se pode julgar apenas de acordo com o que trazem friamente: aquele somatório de laudos e de pareceres. O juiz necessita ter contato com a comunidade onde vive. Precisa ser gente, um igual; ele não pode mais ser visto como aquela figura distante, que só fala nos autos”. A Justiça que queremos. In: *Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no Tribunal Federal de Recursos e Superior Tribunal de Justiça*. Tribunal de Justiça, n. 52, 2009, p. 336. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoaseriada/index.php/coletanea/article/viewFile/1741/1848>>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>7</sup> Como bem ponderado por Leonardo Greco, “(...) o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência”. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 265.

<sup>8</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

<sup>9</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 90.

Extrai-se disso a inequívoca imbricação entre o contraditório e a exigência de cooperação entre os litigantes e entre estes e o magistrado, em uma verdadeira via de mão-dupla.

Imbuído desse espírito de cooperação, impõe-se ao magistrado, tal como às partes, o dever de boa-fé na condução do processo. E isso não apenas com o propósito de assegurar a imparcialidade do magistrado e a isonomia substancial entre as partes, mas também, e especialmente, para evitar-se colhê-las de surpresa.

Nesse diapasão, legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação apresentam-se como dimensões do contraditório que se autoimplicam, de maneira a condicionar o magistrado a não decidir a lide com base em questões (de fato e de direito) que não tenham sido previamente debatidas pelas partes – ou ao menos que não lhes tenham sido franqueada a manifestação – inclusive aquelas passíveis de conhecimento *ex officio* ou que não representem alteração da causa de pedir (*iura novit curia*<sup>10</sup>) –, evitando-se, com isso, a prolação de decisões-surpresa.

Observe-se, por outro lado, que a relevância do tema pode ser sentida no fato de que o contraditório, ao lado do dever de motivação, consubstancia, além de garantia fundamental do processo, fator de legitimação democrática da magistratura, cujos respectivos membros, como notório, não são eleitos pelo povo, mas sim escolhidos por critérios impessoais de seleção (concurso público) ou por indicação política (Ministros do Supremo Tribunal Federal e magistrados eleitos pelo quinto constitucional).

Ademais, a importância do tema exsurge também da constatação de que diversos países, dos quais são exemplos Alemanha<sup>11</sup>, Áustria<sup>12</sup>, França<sup>13</sup>, Itália<sup>14</sup> e Portugal<sup>15</sup>, expressamente inseriram em seus diplomas processuais a vedação de decisões-surpresa.

Observe-se, a título ilustrativo, os apontamentos feitos por Peter Murray e Rolf Stüner, respectivamente, das Universidades de Harvard e de Freiburg, ao comentarem o §139 do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung*):

---

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro: “(...) liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do contraditório”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=215](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215)>. Acesso em 21 jan. 2015.

<sup>11</sup> ALEMANHA, ZPO, §139.

<sup>12</sup> ÁUSTRIA, ZPO, §182.

<sup>13</sup> FRANÇA, CPC, art. 16.

<sup>14</sup> ITÁLIA, CPC, art. 183, §2º.

<sup>15</sup> PORTUGAL, CPC, art. 3º, 3.

*“The second paragraph of ZPO §139 explicitly codifies a duty that previously had found reflection at various points in the Code. If a party seems to have overlooked or discounted the materiality of a point of view (Gesichtspunkt) the judge has to call this point of view to the party’s attention before relying on it in a decision of consequence to the outcome of the case. The idea is to avoid a party being taken by surprise by the court’s fact finding or reasoning without having a chance to address the issue before it is too late. Even if the parties agree with each other on an issue, if the court has another point of view, it is obliged to call this to parties’ attention and give them a chance to address it”<sup>16</sup>.*

Influenciado por esses ordenamentos, o Novo Código de Processo Civil - NCPC (Lei n. 13.105/2015), em seu art. 10, incorporou a necessidade de evitar-se decisões pautadas em fundamentos desconhecidos pelas partes. Esta a redação do respectivo enunciado normativo:

Art.10. 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.

Não obstante essa importante e reconhecida faceta do contraditório participativo, a prática forense revela que, não raras vezes, esse dever de diálogo e não surpresa é desprezado pelos magistrados, que, premidos pelas metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça e asfixiados pela avalanche de processos, simplesmente não têm tempo, sequer, para ler os arrazoados e documentos, quanto mais para se preocuparem em dialogar com as partes. A regra, infelizmente, é decidir, seja para o bem, seja para o mal.

De fato, são comuns processos em que as partes são surpreendidas com preliminares sacadas de ofício pelos magistrados, inclusive em sede de apelação, ou com sentenças que desconsideram os argumentos apresentados pelos litigantes – e sobre os quais centraram seus esforços –, para se fundarem em argumentos novos, em um verdadeiro e inaceitável *“solipsismo judicial”*<sup>17</sup>.

Em outros casos, a regra simplesmente não é aplicada, do que é exemplo a imposição legal de fixação dos pontos controvertidos pelo magistrado na decisão saneadora (art. 331,

<sup>16</sup> MURRAY, Peter L.; STÜNER, Rolf. *German Civil Justice*. North Carolina: Caroline Academic Press, 2004, p. 171.

<sup>17</sup> NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o ‘caballo de Tróya *iura novit curia* e o papel do juiz. In: *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 87, set. 2014, p. 205: “O termo solipsismo é um desses importado do domínio filosófico e encerra, em sua acepção antiga, a ideia de egoísmo (...) Na literatura jurídica a expressão, malgrado seus contornos peculiares, não perde em essência aquilo que se trabalha em filosofia: fala-se em solipsismo judicial para expressar um espaço de subjetividade blindado ao exercício pleno do contraditório, donde decisões judiciais nascem do labor solitário do juiz, ao arrepio do contraditório”. Confira-se, ainda, FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. V. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 21 jan. 2015.

§2º, do Código de Processo Civil<sup>18</sup>), oportunidade essa que representa o momento adequado para o exercício, em primeira instância, do dever de advertência pelo magistrado; da mesma forma que o relatório do Desembargador Relator, na segunda instância<sup>19</sup>.

É, portanto, de grande relevância e atualidade o tema proposto.

Por fim, deve ser realçado que a dissertação terá por objetivo demonstrar que o contraditório, sob os influxos do neoconstitucionalismo, passa a gozar de quatro dimensões bem definidas: legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação, as quais confluem para a vedação de decisões-surpresa.

Para tanto, desenhou-se o seguinte plano de trabalho.

No primeiro capítulo, definir-se-á o marco teórico do neoconstitucionalismo e seus respectivos reflexos sobre o acesso à justiça e às garantias fundamentais do processo.

No segundo capítulo, cuidar-se-á dos efeitos do neoconstitucionalismo sobre o contraditório, pelos quais, de garantia meramente formal (mecânica contraposição de interesses, limitado a uma dimensão estática e unilateral de decisão), o princípio foi elevado à garantia de participação efetiva no processo, com a necessidade de adotar-se procedimento dialógico, formado pela conjugação de esforços argumentativos entre partes e magistrado.

Para corroborar isso, demonstrar-se-á que o contraditório possui quatro dimensões: instrumento de legitimação democrática, garantia de influência e dever de boa-fé e de cooperação, sendo que, sobre este último dever, será demonstrada a sua acolhida no direito estrangeiro e no NCPC.

---

<sup>18</sup> BRASIL, CPC, Art. 331: “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei n. 10.444, de 7.5.2002).

(...)

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

<sup>19</sup> Como salientado, de maneira irretorquível, por Guilherme Jales Sokal, “(...) a estrutura do procedimento recursal ordinário, tal como delineado pelas regras do CPC, permitiria que o relatório desempenhasse essa mesma função de diálogo humano (...) o Código de 73 não previu qualquer momento anterior à sessão colegiada para que as partes tenham contato com o relator ou com qualquer dos julgadores do recurso. Ao contrário, se seguido com rigor o encadeamento de etapas previstas no Código, o contato que existirá entre o órgão recursal e as partes será na própria sessão de julgamento, com a eventual perspectiva de sustentação oral após a leitura do relatório. Neste cenário, a função do relatório tem de ser necessariamente analisada à luz não só da deliberação colegiada, como fator de organização lógica do debate entre os membros do órgão, mas também como instrumento de interação e de comunicação entre o relator, de um lado, e recorrente e recorrido, de outro, a fim de evitar os julgamentos de surpresa. Com efeito, se elaborado com substância, e não apenas como um ato *pro forma*, verdadeiro apêndice do voto do relator, o relatório seria capaz de servir de ponto de comunicação entre o relator e as partes com relação às questões jurídicas que aquele considera pertinentes, ainda que de ofício, para o julgamento do recurso no colegiado”. SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos Tribunais: procedimento Recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 209-210.

Por fim, destinar-se-á o terceiro capítulo à vedação de decisões-surpresa, no qual serão: (i) definidos os seus respectivos contornos no ordenamento processual estrangeiro e no brasileiro, antes e depois do NCPC; (ii) apontada a correspondente sanção pela inobservância da vedação, bem como a eventual possibilidade de convalidação da decisão-surpresa com base em princípios como o do *pas de nullité sans grief*; e, por fim, (iii) abordados casos práticos, analisando-os à luz do NCPC.

# 1. NEOCONSTITUCIONALISMO, ACESSO À JUSTIÇA E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

## 1.1. Premissas históricas e filosóficas: do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo

O Direito consubstancia fenômeno cultural<sup>20</sup>, que tem sua gênese, interpretação e aplicação marcadas, no tempo e no espaço, pelas cicatrizes históricas e pelos anseios políticos, econômicos e sociais de determinada comunidade.

Assim, para a exata compreensão do direito constitucional contemporâneo (e também o processual), concebido a partir da segunda metade do século passado, em período coincidente com o fim da segunda guerra mundial e a conseqüente derrocada dos regimes totalitários que assolaram a Europa, faz-se necessário analisar os fatos históricos e as premissas filosóficas que o antecederam.

Com a superação do jusnaturalismo<sup>21/22/23</sup> (séculos XVI a XVIII) – que pregava, basicamente, a existência de direitos naturais (inatos e inalienáveis) do homem, representativos de um valor metafísico e universal de justiça, capazes mesmo de condicionar o direito positivo<sup>24</sup> – e o surgimento do positivismo jurídico<sup>25</sup>, promoveu-se, sob o pretexto da

---

<sup>20</sup> Sobre a influência da cultura na conformação do processo, confira-se: CHASE, Oscar. *Law, culture, and ritual – disputing system in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005; e TARUFFO, Michele. Cultura y proceso. In: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 189-211.

<sup>21</sup> O jusnaturalismo superou a dogmática medieval, a qual fora fortemente influenciada pelo ambiente teológico em que inserida. Desvinculou-se, assim, da ideia de uma lei divina, para concentrar esforços na natureza e na razão – ideais trazidos com o iluminismo.

<sup>22</sup> Dentre os jusnaturalistas de destaque, podem ser citados Hugo Grócio (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Milton (1608-1674), Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704).

<sup>23</sup> O jusnaturalismo foi considerado metafísico e anticientífico. Foi superado pelo movimento de codificação do direito, inspirado pelos ideais do iluminismo.

<sup>24</sup> Como apontado por Ingo Wolfgang Sarlet, já mesmo na Idade Média (séculos V a XV) “desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação de seu exercício. De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 38.

<sup>25</sup> O positivismo, coincidente com o Estado liberal, surge também como fator de oposição ao *establishment* anterior, o absolutismo, em que a vontade do soberano assemelhava-se à vontade divina. Com o positivismo, a vontade do soberano foi superada pela vontade abstrata e genérica da lei.

necessidade de criação de uma ciência jurídica à semelhança das ciências exatas<sup>26</sup>, a ruptura entre o direito e a moral, bem percebida na seguinte proposta de Hans Kelsen:

(...) toda ordem coercitiva globalmente eficaz pode ser pensada como ordem normativa objetivamente válida. A nenhuma ordem jurídica positiva pode recusar-se a validade por causa do conteúdo de suas normas<sup>27</sup>.

Ao tratar o direito como fato, desprovido de qualquer valor, e centrar o objeto da ciência jurídica estritamente nas normas jurídicas, o positivismo acabou por transformar o ordenamento jurídico em um fim em si próprio, impermeável a qualquer valor externo<sup>28</sup>.

Com isso, naquele tempo, o Direito deixara de ser considerado produto criativo do intérprete<sup>29</sup>, permeável aos valores que consubstanciam a compreensão de justiça no seio social – e, portanto, que o legitimariam –, e passou a ser sinônimo de Lei, de fiel, absoluta e incontestável obediência enquanto tal<sup>30</sup>. A força normativa, assim, estava nas leis (caráter formal).

Justamente em razão desse formalismo jurídico<sup>31</sup> que dava suporte às teorias positivistas, atribuiu-se a essa dogmática, não sem controvérsia<sup>32</sup>, a ascensão dos regimes nazistas e fascistas na Europa.

<sup>26</sup> A aplicação do Direito, nesta fase, dava-se por simples silogismo, emanando dessa compreensão o apego ao formalismo exacerbado.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 241-243.

<sup>28</sup> Em *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*, Gustav Radbruch utiliza-se da seguinte metáfora para descrever o positivismo jurídico: “Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste género à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro”. RADBRUCH, Gustav. *Cinco minutos da Filosofia do Direito*. In: *Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 415.

<sup>29</sup> Consoante Montesquieu, o juiz é *la bouche qui prononce les paroles de la loi*. MONTESQUIEU, Charles Louis. *O espírito das Leis*. Tradução de: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 176.

<sup>30</sup> Pelo positivismo jurídico, a “lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e autossuficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separada da filosofia do Direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a sua própria estrutura, para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e fundamentos de legitimidade”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 229-230.

<sup>31</sup> “Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”. BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE, George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 107.

A despeito dessa controvérsia, que desborda dos limites do presente estudo, a decadência política do positivismo está associada, ainda que no tempo, à queda desses regimes totalitários.

De fato, a beligerância e as atrocidades cometidas durante a segunda guerra mundial fez despertar, no seio jurídico e social, o sentimento de que o Direito e, em última medida, o ordenamento jurídico não poderia estar infenso a valores éticos, morais, humanísticos e de justiça.

O positivismo jurídico, portanto, já não atendia às ambições da sociedade, nem correspondia aos avanços civilizatórios, na medida em que uma ordem jurídica composta por leis que, embora formalmente perfeitas, estavam dissociadas daqueles valores não mais encontrava defensores.

O formalismo, até então em voga, cedeu lugar à função social do Direito e à valorização de uma pauta de direitos fundamentais, capaz de balizar a interpretação e a aplicação das normas jurídicas e a atuação dos poderes constituídos<sup>33</sup>.

O desenvolvimento dessas reflexões ensejou, em um primeiro momento, a reaproximação ao jusnaturalismo<sup>34</sup> e, em seguida, a elaboração de novo e sofisticado marco filosófico para o Direito Constitucional: o pós-positivismo<sup>35/36</sup>, que, a rigor, consubstancia a confluência entre o Jusnaturalismo (que veiculava princípios universais e metafísicos de justiça) e o positivismo (que promovia a equiparação formalista do Direito à Lei).

Sem recorrer a categorias metafísicas e sem desconsiderar o direito posto<sup>37</sup>, busca-se, nesse novo marco filosófico, a releitura moral do Direito, calcada, basicamente, nas seguintes premissas: (a) reentronização dos valores na interpretação jurídica, (b) desenvolvimento de

<sup>32</sup> Na visão de Bobbio, “a ideologia jurídica do nazismo era nitidamente contrária ao princípio juspositivista, segundo o qual o juiz deve decidir exclusivamente com base na lei, sustentando, ao contrário, que o juiz devia decidir com base no interesse político do Estado”. BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico* - lições de filosofia do direito. Tradução de: Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995, p. 236.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 325.

<sup>34</sup> A doutrina, contudo, não desejava o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, isto é, aos fundamentos vagos, abstratos e metafísicos de uma razão subjetiva.

<sup>35</sup> “Ainda não há uma uniformidade conceitual em torno do pós-positivismo: diversas linhas de pensamento podem ser agrupadas sob essa ampla rubrica. Todas têm em comum, no entanto, o reconhecimento de que o positivismo jurídico e o arcabouço teórico que ele construiu são insuficientes para lidar com o direito tal qual ele se apresenta hoje”. PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 171-216. n. 17-18, jan./jun. 2010.

<sup>36</sup> “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 - Uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66.

nova dogmática interpretativa, com o reconhecimento da normatividade dos princípios, e (c) dignidade da pessoa humana<sup>38</sup> como pedra angular da Teoria dos Direitos Fundamentais.

O neoconstitucionalismo e a derivada constitucionalização do Direito são influenciados por esse contexto histórico e filosófico.

## 1.2. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito

O neoconstitucionalismo<sup>39/40</sup> representa, mais do que uma concepção unívoca, coerente e bem estruturada<sup>41</sup>, uma nova forma de compreender e encarar o Direito Constitucional, fruto, especialmente, de sua reaproximação com a ética e com a democracia. Com isso, as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.

---

<sup>38</sup> A dignidade da pessoa humana representa espaço de integridade e tutela inerente ao ser humano, que confere fundamento de validade e axiológico para os demais direitos fundamentais. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 251.

<sup>39</sup> Sobre o tema, confira-se: SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010. MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Constituição Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 117-168. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 360 e ss.; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O Triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A Constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 217 e ss. ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 187-202.

<sup>40</sup> Daniel Sarmento sintetiza as mudanças promovidas pelo neoconstitucionalismo da seguinte forma: (i) reabilitação da racionalidade prática; (ii) promoção e proteção da dignidade da pessoa humana, considerada como valor constitucional supremo; (iii) respeito aos direitos fundamentais; (iv) reconhecimento de força normativa aos princípios e valorização de sua aplicação no processo de aplicação do Direito; (v) rejeição ao formalismo e recursos mais frequentes a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc.; (vi) constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados a direitos fundamentais, por todo ordenamento; (vii) reaproximação entre direito e moral, com a penetração cada vez maior da filosofia no debate jurídico; e (viii) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

<sup>41</sup> “O neoconstitucionalismo se caracteriza por um conjunto de fenômenos no âmbito do direito constitucional, que, associados, acabaram por gerar uma constitucionalização do direito como um todo”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 118.

Assistiu-se, assim, nas últimas décadas do século XX, ao surgimento de diferentes leituras desse fenômeno, por pensadores como Zagrebelsky<sup>42</sup>, Robert Alexy<sup>43</sup>, Ronald Dworkin<sup>44</sup>, Paolo Commanduci<sup>45</sup>, dentre outros, todos em busca de um novo paradigma para o Direito Constitucional.

Essa reaproximação do direito aos valores deu ensejo ao nascimento do Estado Constitucional de Direito, no qual as leis e os atos emanados do Poder Público, para serem válidos, devem ser formal e materialmente compatíveis com a Constituição, que, assim, passa a tutelar os valores fundantes de determinada comunidade. Projeta-se a Constituição, destarte, nas leis e nos atos do Poder Público<sup>46/47</sup>.

Nesse sentido, pode-se dizer que a consolidação do Estado Constitucional de Direito, com a superioridade axiológica dos direitos fundamentais e o retorno à observação dos valores, e a consideração da força normativa da Constituição geraram uma nova concepção do Constitucionalismo, com diversas consequências práticas<sup>48</sup>.

A Constituição, segundo Canotilho, passa a ser tratada como autêntica reserva de justiça, parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal<sup>49/50</sup>.

Nesse diapasão, o neoconstitucionalismo nasce com a redemocratização e reconstitucionalização da Europa após a segunda metade do século passado (período pós-guerra), mediante a incorporação, aos Textos Constitucionais, de direitos fundamentais e princípios relevantes de moralidade política, com vistas a delimitar a atuação dos poderes constituídos.

Essa mudança de perspectiva, aponte-se por oportuno, sofreu forte influência da doutrina de Konrad Hesse, para quem a Constituição deveria ser compreendida como

<sup>42</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho – la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002.

<sup>45</sup> COMMANDUCI, Paolo; CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

<sup>46</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, p. 47 e 48, 2. tiragem.

<sup>47</sup> “Vivem-se, atualmente, tempos em que aos aplicadores do Direito não basta apenas a existência de uma norma jurídica prevista no ordenamento, como fundamento para sua aplicação; deve-se também buscar sua interpretação à luz dos valores do ordenamento jurídico”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 118.

<sup>48</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 118-119.

<sup>49</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.113.

<sup>50</sup> Ainda segundo o doutrinador português, “o fundamento de validade da Constituição (=legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca”. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p.115.

instrumento de realização do Direito, não apenas influenciado pela realidade social e política, mas também dotado de mecanismos jurídicos com pretensão e capacidade de conformá-la<sup>51/52</sup>.

A principal referência, nessa perspectiva, foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, e a subsequente criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. O movimento teve apoio, ainda, na Constituição da Itália de 1947, principalmente com a posterior instalação da Corte Constitucional em 1956, e prosseguimento com a redemocratização e a reconstitucionalização dos países ibéricos (Portugal, em 1976, e Espanha, em 1978)<sup>53</sup>.

Também contribuíram para o avanço do neoconstitucionalismo a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e, ainda, outros documentos internacionais que conferiram primazia ao princípio da dignidade da pessoa humana, dentre eles, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica).

No Brasil, esse período foi inaugurado com a Constituição de 1988, que coroou o processo de redemocratização nacional e foi resultado de uma Assembleia Constituinte livre e democrática, marcada por ampla participação da sociedade civil organizada<sup>54</sup>.

Obteve-se, com isso, uma Carta extensa, com a profusão de direitos e garantias individuais<sup>55</sup>.

Mais do que o estabelecimento da organização da estrutura básica dos poderes do Estado e dos direitos fundamentais, o Constituinte se preocupou em veicular amplo projeto de transformação da sociedade brasileira, visando à promoção da justiça social, da liberdade e da

---

<sup>51</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>52</sup> Em igual sentido: CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 28 e 29.

<sup>53</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 63 e 64.

<sup>54</sup> Nesse sentido, a exortação de Bernardo Cabral: “Vivia-se a democracia de fato, um momento em que a atividade política era genuinamente de *res publica*, como sempre deveria sê-lo, a seguir o sentido etimológico da palavra. É oportuno recordar que a participação da cidadania aqui mencionada foi poderoso vetor de atuação política, a aplacar iras e ressentimentos, e a reconverter conflitos potenciais em sinergias construtivas, com abundante exercício de ativa participação da sociedade. Aprendíamos o verdadeiro sentido da pluralidade republicana, e, como tal, a militância popular era valiosa ferramenta a serviço da transição democrática e da consolidação do estado democrático de direito”. CABRAL, Bernardo. *A palavra do relator: ontem, há vinte anos*. Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176541/000843870.pdf?sequence=3>>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>55</sup> Adere-se à distinção formulada por Ruy Barbosa entre direitos e garantias, segundo a qual aqueles seriam disposições meramente declaratórias, enquanto estas seriam assecuratórias. BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática - textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República*. Petrópolis: Vozes, 1978, p. 121 e 124. Todavia, há que se notar que, não raras as vezes, um mesmo enunciado contempla um direito e uma garantia, a demonstrar que a distinção pode se revelar complexa. Em igual sentido: SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 185; e DORIA, Antônio Sampaio. *Direito constitucional*. Tomo. II. 3. ed. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1953, p. 57.

igualdade substantivas<sup>56</sup>. E mais: criou-se texto dialético, sem predomínio absoluto de uma tendência política específica ou cosmovisão, motivo pelo qual também passou a ser chamada de Constituição Cidadã<sup>57</sup>.

Cuidou-se, claramente, de Constituição de viés pluralista, resultante do compromisso possível entre a ampla variedade de forças políticas e de interesses que se fizeram representar na Assembleia Constituinte, o que, de certo modo, explica a heterogeneidade dos valores constantes do texto<sup>58</sup>.

Pois bem; dentre as principais rupturas de paradigma promovidas pelo neoconstitucionalismo, merecem realce (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) a expansão da jurisdição constitucional; e (iii) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, na qual se sobressai a normatividade dos princípios<sup>59/60</sup>.

A atribuição de força normativa à Constituição importa na superação do modelo adotado na Europa até meados do século passado, pelo qual o referido Diploma era tratado como documento essencialmente político, mero convite à atuação dos Poderes Públicos<sup>61</sup>, cuja concretização estava condicionada, destarte, à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador.

*Pari passu*, juntamente com o fenômeno conhecido como constitucionalização do Direito<sup>62/63/64</sup>, desloca-se a Constituição para o centro do ordenamento jurídico, a qual passa a

<sup>56</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 - Uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

<sup>58</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 180.

<sup>59</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 67.

<sup>60</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>61</sup> O que importava, até então, era a lei (era dos códigos). Nas palavras de Paulo Bonavides, complementadas por Eros Roberto Grau: “Ontem os códigos; hoje as constituições. A revanche da Grécia contra Roma”. Discurso de Paulo Bonavides (1998), complementado por Eros Roberto Grau (2003), ao receberem a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67608/70218>>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>62</sup> Revela-se oportuna, aqui, a observação feita por Luís Roberto Barroso, *in verbis*: “A locução *constitucionalização* do direito é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando. A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com

gozar, não apenas de supremacia formal, de que sempre desfrutou, mas também material, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios.

Posto de outra forma, a Constituição e suas normas (princípios e regras) passam a figurar como parâmetro de validade e vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico<sup>65</sup>, tornando-se não apenas um sistema em si, mas também um modo de olhar e interpretar os demais ramos do direito<sup>66</sup> (filtragem constitucional<sup>67</sup>).

Assim, qualquer operação de realização do direito deve envolver a aplicação direta ou indireta da Constituição. Diretamente, quando a pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional; indiretamente, pois (i) a aplicação de uma norma infraconstitucional pressupõe, de maneira implícita ou explícita, uma análise quanto à sua constitucionalidade, e, (ii) na aplicação da norma, o intérprete deve manter olhar atento aos fins constitucionais a serem realizados<sup>68</sup>.

Nesse ambiente, os direitos e garantias fundamentais – veiculados por meio de princípios e de regras – deixam de ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos, reconhecendo-se-lhes, também, feição objetiva, mediante a propagação de efeitos na interpretação e aplicação do direito infraconstitucional em seus mais diversos ramos,

---

força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 77.

<sup>63</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Constituição e administração pública: definindo novos contornos a legalidade administrativa e ao poder regulamentar*. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 123.

<sup>64</sup> Ainda sobre os efeitos da constitucionalização e a relação entre os diversos ramos do direito, Virgílio Afonso da Silva, com base na obra de Louis Favoreu, destaca que um dos efeitos da constitucionalização é a unificação do ordenamento jurídico, que ataca em duas frentes: (i) as normas constitucionais tornam-se progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos do direito; (ii) a distinção entre público e privado é relativizada. SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48 e 49, 3. tiragem.

<sup>65</sup> Como consequência desse efeito expansivo, as normas constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional e, ainda, a atuação dos Poderes do Estado. Quanto ao Poder Legislativo, (a) limitam a respectiva liberdade de conformação para a elaboração das leis e, ainda, (b) impõem deveres de atuação para a realização de direitos e programas constitucionais. Quanto ao Poder Executivo, (a) limitam a respectiva discricionariedade, (b) impõem-lhe deveres de atuação, e (c) conferem fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente de interposição legislativa. Por fim, quanto ao Judiciário, (a) passam a servir de parâmetro para o controle de constitucionalidade e, ainda, (b) condicionam a interpretação das normas jurídicas. Confira-se, sobre o ponto, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p 75-76.

<sup>66</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48 e 49, 3. tiragem.

<sup>67</sup> “Utiliza-se a expressão ‘Filtragem Constitucional’ em virtude de que ela denota a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 4.

<sup>68</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

inclusive no processual.

É justamente neste contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumento de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico<sup>69</sup>.

Em decorrência disso, a Constituição passa a ostentar superioridade formal e material, isto é, passa a gozar de supremacia frente às demais normas que compõem o ordenamento jurídico, a justificar a ampliação da jurisdição constitucional, com a criação de instrumentos destinados a impor, na prática, essa superioridade e, em especial, o respeito aos direitos fundamentais.

Dessa feita, as Constituições do segundo pós-guerra, em processo iniciado, como dito, pela Alemanha (1951), Itália (1956) e, posteriormente, espalhado para o restante da Europa<sup>70</sup>, passaram a adotar novo modelo de controle de constitucionalidade, inspirado na experiência norte-americana de supremacia da Constituição<sup>71/72</sup>.

Esse modelo consiste, basicamente, na constitucionalização de direitos e garantias fundamentais, que, assim, ficam resguardadas do processo político majoritário, delegando-se ao Judiciário a respectiva proteção<sup>73/74</sup>.

Por outro lado, por também se tornarem parâmetro para o controle de constitucionalidade, os princípios, antes tratados como a última *ratio* para se evitar o *non liquet*<sup>75</sup>, passam a ostentar o *status* de verdadeiras normas jurídicas, que, em razão do elevado

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 60.

<sup>70</sup> Como já frisado, são exemplos, após a promulgação de novas cartas constitucionais, Portugal em 1976 e a Espanha em 1978, que criaram seus modelos de jurisdição constitucional baseados na existência de um Tribunal Constitucional que seria, em ambos os casos, efetivamente instalado alguns anos depois. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

<sup>71</sup> Os magistrados deixam de ser a “*boca da lei*”, isto é, deixam de exercer função meramente declaratória da Lei, passando a integrar o processo criativo de formação da norma.

<sup>72</sup> Na Europa, até então, vigia o princípio da supremacia do Parlamento, inexistindo a possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos dele emanados.

<sup>73</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 – Uma breve e acidentada história de sucesso*. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 68 e 69.

<sup>74</sup> “Existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito”. LUÑO, Antonio-Énrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 19.

<sup>75</sup> Podem ser citados, nesse sentido, a título de exemplo, (i) o art. 126 do Código de Processo Civil (“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”); (ii) o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”) e (iii) o art. 108 do Código Tributário Nacional (“Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade”).

grau de abertura<sup>76</sup>, se tornam a janela pela qual os valores adentram no ordenamento jurídico, mediante a atividade criativa do intérprete<sup>77</sup>.

E, como normas jurídicas que são, os princípios passam a gozar de eficácia e efetividade<sup>78</sup>, ou seja, destinam-se à produção concreta de efeitos jurídicos, promovendo a coincidência entre o “*dever-ser*” normativo e o “*ser*” da realidade. Nesse trilhar, sob o enfoque da hipótese concreta, os princípios poderão ter eficácia direta<sup>79</sup> (também denominada simétrica ou positiva), ou indireta, que, neste caso, poderá ser interpretativa<sup>80</sup> ou negativa<sup>81</sup>.

Em síntese conclusiva, pode-se identificar nas diferentes teorias ‘neoconstitucionalistas’ alguns pontos de convergência: (i) reconhecem a democracia, nas suas mais diferentes teorias, como pressuposto de legitimidade do Estado<sup>82</sup>; (ii) partem da força normativa da Constituição<sup>83</sup> para firmá-la como epicentro hierárquico e axiológico do ordenamento jurídico; (iii) reconhecem uma dimensão objetiva aos direitos fundamentais<sup>84</sup>;

---

<sup>76</sup> “É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à ideia de Justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor *segurança*, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada”. BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade prática e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro, 2005, p. 186-187.

<sup>77</sup> “Já não se pode falar, em todos e quaisquer casos, que a atividade do intérprete e do aplicador do direito seja meramente subsuntiva, mas, bem diferentemente, sua função passa a ser concretizadora, no sentido de criadora do próprio direito a ser aplicado, justamente em função da complexidade do ordenamento jurídico atual. De uma atividade de mero conhecimento (um comportamento passivo) do fenômeno jurídico para sua aplicação, passa-se a uma atividade criadora-valorativa (um comportamento ativo), conscientemente criadora e valorativa do juiz. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 67. Cf. também PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 v. 1, p. 140.

<sup>78</sup> Sobre a efetividade das normas constitucionais, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>79</sup> O princípio incide diretamente sobre a realidade, à semelhança de uma regra, criando, destarte, direitos subjetivos.

<sup>80</sup> O sentido e alcance das normas jurídicas em geral deverão ser fixados em conformidade com os valores e fins abrigados na Constituição. Logo, dentre as soluções possíveis, deve-se optar pela que melhor atenda aos anseios constitucionais.

<sup>81</sup> Importará na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional.

<sup>82</sup> Nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional*. Doxa. In: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 16, p. 7-20, abr., 2002.

<sup>83</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>84</sup> Para uma ampla investigação sobre o tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas e defendendo a tese de que os direitos fundamentais têm uma eficácia direta e imediata nas relações privadas, ou seja, sem a necessidade de intermediação legislativa, ver: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004. Com outra visão, reconhecendo que inexistente um modelo a ser necessariamente adotado e admitindo tanto aplicação imediata, quanto a mediata, vide: DA SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo:

(iv) admitem, ao menos em parte, o caráter construtivo da atividade de interpretação/aplicação<sup>85</sup> do Direito; (v) ressaltam a importância normativa dos valores e dos princípios; e (vi) propõem a reaproximação entre o Direito e a Moral.

### 1.3. Reflexos do neoconstitucionalismo sobre o acesso à justiça

É intuitivo, do quanto foi até aqui exposto, que esses novos paradigmas propostos pelo neoconstitucionalismo, em especial, o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito, com o consequente efeito expansivo das normas constitucionais, impactam, sobremaneira, no direito processual<sup>86</sup>.

De fato, a aplicação das premissas dogmáticas do neoconstitucionalismo ao processo enseja a revisitação e a remodelagem de categorias e institutos processuais e, mais do que isso, da própria técnica<sup>87</sup>, do formalismo, das garantias e dos fins sociais e constitucionais do processo<sup>88</sup>, em fenômeno que, por paralelismo, se pode chamar de neoprocessualismo<sup>89</sup>.

---

Malheiros, 2011, 3. tiragem. Em defesa da necessidade de intermediação legislativa para aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução de: Ignacio Gutiérrez Guitiérrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

<sup>85</sup> CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição para o estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15 e ss.

<sup>86</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974; CAPPELLETTI, Mauro. TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano: Giuffrè, 1973; TARUFFO, Michele; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 1998, v. 1; MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata-Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. No contexto nacional, merecem destaque, entre tantos doutrinadores que têm se interessado pelo estudo interdisciplinar do processo com a Constituição, os seguintes: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; e DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

<sup>87</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

<sup>88</sup> Sobre o assunto, cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 388, p. 11-28, nov./dez. 2006; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Curso de Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84-94; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 193-259; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.

<sup>89</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Acrescente-se que, justamente em razão da necessidade de se revisitar o formalismo processual, para que passe a representar, não mais um fim em si

Nesse diapasão, impõe-se a redefinição do próprio conteúdo material e axiológico da garantia fundamental do acesso à Justiça, estampada no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, pela qual “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Na verdade, a evolução dessa garantia passa pela pré-compreensão de que, antes mesmo do acesso à Justiça, o Estado deve assegurar o acesso ao Direito, mediante a superação de barreiras econômicas, políticas, sociais e burocráticas externas ao processo<sup>90</sup>, o qual, assim, deve ser encarado como a *ultima ratio* para o gozo de situações de vantagem<sup>91</sup>.

Assevera, assim, com razão, o professor Leonardo Greco, que somente será possível o acesso ao Direito se forem observados os seguintes pressupostos: (i) educação básica, (ii) condições mínimas de sobrevivência, (iii) fortalecimento dos grupos intermediários e do associativismo, (iv) responsabilidade do Estado, (v) reformulação do papel da Justiça, (vi) aconselhamento jurídico extrajudicial aos necessitados e, por último, (vii) o acesso à Justiça<sup>92</sup>.

É também sob esse enfoque político e social que se pode afirmar que o acesso à Justiça é condição para o exercício da verdadeira cidadania, entendida esta, na acepção de Hannah Arendt, como “*o direito a ter direitos*”. Sobre o pensamento dessa autora, Celso Lafer<sup>93</sup> acrescenta que “*a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado, é um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum*” para todos os cidadãos (sujeitos concretos).

Nesse passo, não se pode olvidar que, em um Estado Democrático de Direito, o Judiciário é um desses espaços públicos comuns e vitais ao sistema. Assim, pode-se afirmar que o acesso à Justiça franqueia ao cidadão que tem “*direito a ter direitos*” reivindicar os seus e garantir-lhes a efetividade.

mesmo, mas instrumento para a realização de valores constitucionais, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira utiliza-se da expressão formalismo-valorativo para demonstrar esse fenômeno. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 388, p. 11-28, nov./dez. 2006.

<sup>90</sup> Embora a afirmação possa parecer óbvia, não é demais relembrar que o Estado, responsável por zelar pela legalidade, ou melhor, pela juridicidade, não raras as vezes recusa-se a fazê-lo em sede administrativa, o que faz com que os administrados tenham que se socorrer do Judiciário para tutelar seus respectivos direitos. Exemplo claro disso são as inúmeras demandas judiciais cobrando do Poder Público dívidas que, embora formalmente reconhecidas, não são espontaneamente pagas.

<sup>91</sup> “A Constituição Portuguesa, com muita razão, associa no artigo 20 o acesso à justiça ao acesso ao Direito, como a indicar que, antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos, ficando a proteção judiciária através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano, acionável apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a algum desses direitos”. GRECO, Leonardo. Acesso ao Direito e à Justiça. In: *Estudos de direito processual*. Campo dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 197.

<sup>92</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 15.

<sup>93</sup> ARENDT, Hannah. *The rights of men. What are they? (1949) apud LAFER, Celso. A reconstrução dos Direitos Humanos: A contribuição de Hannah Arendt*. In: *Estudos Avançados*, v. 11, número 30, ago. 1997, texto disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2015.

Assentada essa premissa, a adequada compreensão do acesso à Justiça, a seu turno, também exige a superação de barreiras internas ao processo, que dificultam, quando não cerceiam, ilegitimamente, primeiro, o ingresso em juízo; segundo, a obtenção de provimento jurisdicional justo e efetivo<sup>94</sup>.

Sobreleva-se em importância, neste ponto, abrir parêntese para mencionar a contribuição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>95</sup>, respectivamente da Universidade de Florença e de Stanford, para o estudo do acesso à Justiça, os quais relatam, com base nas pesquisas que consubstanciaram o “Projeto de Florença”<sup>96</sup>, que, nos países ocidentais, o despertar dos operadores do Direito para a necessidade de compreender-se e, conseqüentemente, de incrementar-se o acesso à Justiça<sup>97</sup> teve início em 1965, após, portanto, à segunda guerra mundial.

Ainda segundo os professores, constatou-se a existência de três movimentos, ou “ondas” renovatórias – que emergiram em sequência cronológica<sup>98</sup> nos países ocidentais –, voltados à ampla promoção do acesso à Justiça.

A primeira “onda” debruçou-se sobre a assistência judiciária aos hipossuficientes, como forma de viabilizar que os economicamente necessitados tivessem suas demandas traduzidas para a linguagem jurídica e deduzidas em Juízo. Para tanto, não bastava a simples oferta do patrocínio de ações e a isenção de custas. O acesso à justiça requeria mais: exigia a superação das “barreiras de classe”, como a desinformação e a intimidação.

---

<sup>94</sup> “As legítimas limitações ditas pela Constituição e pela lei ao exercício da jurisdição constituem fator de racionalidade e realismo no sistema. Ao lado delas outras limitações existem, que não são legítimas e concorrem para impedir que o sistema do processo civil cumpra adequadamente e de modo integral sua função de pacificar pessoas e fazer justiça. Trata-se de fatores vindos das imperfeições da própria lei processual e outros fatores, igualmente *perversos*, residentes na realidade política, socioeconômica e cultural da sociedade à qual o processo se destina a servir. Para o aperfeiçoamento do sistema é indispensável identificar essas *barreiras internas e externas ao sistema* (Augusto Mario Morello) e procurar afastá-las na medida do que realisticamente for havido por possível”. (Itálico no original) DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 115.

<sup>95</sup> Essas contribuições estão resumidas em: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>96</sup> Promovido pelas Nações Unidas, o Projeto de Florença foi coordenado pelos referidos professores - que contaram com o apoio de professores de diversos países – e representou o primeiro projeto institucional de pesquisa voltado a compreender o Poder Judiciário e ao aprimoramento do acesso à justiça sob a ótica material, e não apenas formal.

<sup>97</sup> Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “a expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

<sup>98</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

As reformas, assim, deveriam ajudar os necessitados na tarefa de reconhecer seus direitos, tanto individuais como de classe, e encorajá-los a procurar auxílio, daí resultando, inclusive, a importância de garantir-se assessoria jurídica extrajudicial.

A segunda “onda” compreendeu a representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, como os dos consumidores, do meio ambiente, dos idosos e das crianças<sup>99</sup>.

Impunha-se, para esse mister, a execução de reformas substanciais na concepção tradicional do processo civil – focada exclusivamente no indivíduo<sup>100</sup> – e, portanto, mudanças em categorias como (i) a legitimidade, de forma a permitir que indivíduos ou grupos atuassem em representação da nova categoria de interesses; (ii) a citação, pois nem todos os eventuais titulares de um direito coletivo seriam capazes de comparecer em Juízo; e (iii) a coisa julgada, para também vincular indivíduos que não participaram diretamente da lide.

Finalmente, a terceira “onda”, denominada novo enfoque do acesso à Justiça, centrou atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas<sup>101</sup>.

Nela buscou-se prestigiar instrumentos que possibilitassem a realização da justiça coexistencial, pela qual se levaria as partes a, juntas, atingirem a justa solução do litígio, efetivamente pacificando o presente e o futuro. Enfatizaram-se, assim, os meios alternativos de resolução de conflitos, entre os quais, a mediação e a arbitragem<sup>102</sup>.

Passando-se do plano internacional para o nacional, outra contribuição de referência obrigatória, por seu caráter inovador e percuciente, foi a prestada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro em sua obra *Acesso à Justiça*<sup>103</sup>.

Na referida obra, chamou-se a atenção para o caráter individualista, tecnicista, elitizado e conservador do processo civil brasileiro até o final da década de 80<sup>104</sup>, a partir de

<sup>99</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49.

<sup>100</sup> “[a] visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 51.

<sup>101</sup> “Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 68-69.

<sup>102</sup> Sobre a justiça coexistencial e a necessidade de encarar-se o recurso à tutela jurisdicional como a *ultima ratio*, remetemos o leitor para o artigo: PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Experiência Ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 8, 2011, p. 443-471. Texto disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 19 jan. 2015.

<sup>103</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

quando passou a sofrer os influxos (a) das reivindicações sociais e das conquistas políticas, em larga medida retratadas na Carta Constitucional de 1988, (b) da evolução normativa infraconstitucional, em especial por força dos avanços concernentes à tutela de direitos transindividuais<sup>105</sup>, e (c) da mudança de cultura e da forma teleológica de encarar-se o processo, proposta pela doutrina e crescentemente aceita pela jurisprudência.

Diante disso, e visando a redefinir o real alcance do acesso à Justiça – que, como salientado por Cappelletti e Garth, é expressão de difícil concretude – Pinheiro Carneiro elencou, à época, cinco princípios que refletiriam os fins a que o processo propor-se-ia, enquanto instrumento ético, acessível a todos, operoso, proporcional e útil do ponto de vista prático, a serviço do justo<sup>106</sup>.

Fechado o parêntese, prossiga-se.

Dada a sua inequívoca importância, é assente nos regimes democráticos contemporâneos a percepção de que, mais do que uma garantia formal ao *day in court*<sup>107</sup> – típica do Estado liberal, no qual, a pretexto de tutelar-se a liberdade, se prestigiava a isonomia formal –, o acesso à Justiça consubstancia verdadeiro direito fundamental, integrante mesmo do núcleo central da dignidade da pessoa humana, porquanto indispensável a se conferir efetividade aos demais direitos outorgados pelo ordenamento jurídico<sup>108/109/110</sup>.

---

<sup>104</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 41.

<sup>105</sup> Do que são exemplos marcantes as Leis n. 7.853/89 (Estatuto das Pessoas Portadoras de Deficiência), n. 7.913/89 (Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos a Investidores do Mercado de Valores Mobiliários), n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), n. 8.884/94 (Lei Antitruste), n. 10.741 (Estatuto do Idoso) e n. 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança).

<sup>106</sup> Estes os princípios propostos: (i) Princípio da acessibilidade: o processo pressupõe a “existência de pessoas, em sentido lato (sujeitos de direito), capazes de estar em juízo, sem óbice de natureza financeira, desempenhando adequadamente o seu labor (maneja adequadamente os instrumentos legais, judiciais e extrajudiciais existentes), de sorte a possibilitar, na prática, a efetivação dos direitos individuais e coletivos, que organizam uma determinada sociedade”; (ii) Princípio da operosidade: “as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à Justiça”. Esse princípio, no plano subjetivo, exige comportamento ético das partes. No plano objetivo, a correta utilização dos instrumentos processuais; (iii) Princípio da utilidade: propõe que o processo assegure “ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível, com o menor sacrifício para o vencido”; e (iv) Princípio da proporcionalidade, que se traduz pela ponderação que deve ser feita, pelo magistrado, entre os interesses em jogo, de sorte a prestigiar, no caso concreto, aquele de maior peso axiológico ou que traga mais benefícios para a sociedade. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 54 e ss.

<sup>107</sup> “Não se concebe mais como admissível, no atual estágio de desenvolvimento do processo, que o conceito de direito de ação seja tido unicamente como de ingresso no Poder Judiciário. A compreensão do direito processual como um todo sofreu mudanças ao longo do tempo, e de igual maneira, o entendimento sobre em que consiste o direito de ação precisa ser atualizado à luz de tais modificações”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 126.

<sup>108</sup> A esse respeito, enfatiza Leonardo Greco que: “No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional

Em um Estado de direito, como já se referiu, não basta a mera consagração normativa: é preciso existir uma autoridade que seja capaz de impor coativamente a obediência aos comandos jurídicos. Dizer que o acesso à Justiça é um dos componentes do núcleo da dignidade da pessoa humana significa dizer que todas as pessoas devem ter acesso a tal autoridade: o Judiciário<sup>111</sup>.

E, como direito fundamental que é considerado, o acesso à Justiça possui, como visto, além de uma feição subjetiva, outra dimensão objetiva, que orienta e condiciona (eficácia positiva e negativa) a atuação dos poderes constituídos, assim como a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional, em particular, das normas processuais.

Nesse passo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário devem assegurar a universalização do acesso à Justiça, de maneira a que se possa endereçar a jurisdição à maior abrangência factível, com a redução dos bolsões não jurisdicionalizáveis e a promoção da igualdade material<sup>112</sup>.

Assim, ao mesmo tempo em que se impõe ao Poder Legislativo a edição de normas que promovam a universalização do acesso ao Poder Judiciário (eficácia positiva), exige-se dele que se abstenha de criar obstáculos desproporcionais ao ingresso em Juízo (eficácia negativa)<sup>113</sup>.

Sob essa perspectiva, o Poder Legislativo deve, mediante a edição de leis, propiciar instrumentos capazes de assegurar aos indivíduos a tutela jurídica adequada de seus respectivos interesses<sup>114</sup>, os quais, não poucas vezes, transbordam da esfera meramente individual para a coletiva.

---

efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana”. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 369.

<sup>109</sup> “O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. Curso de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 208.

<sup>110</sup> Segundo Humberto Ávila, “o processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade”. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In: DIDIER JR, Fredie. (Org.). *Teoria do Processo-Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série. Salvador: Jus Podivm, 2010.

<sup>111</sup> BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 293.

<sup>112</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 116.

<sup>113</sup> LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal: Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Navarra: Civitas, 2009, p. 137-138.

<sup>114</sup> Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil trouxe institutos voltados a conferir efetividade às demandas coletivas, do que é exemplo o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, assim como ampliou os poderes do juiz, para autorizá-lo a “dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (art. 139, VI).

O acesso à Justiça, destarte, demanda também que os meios e instrumentos processuais postos sobre a mesa harmonizem-se, adequem-se<sup>115</sup>, à massificação das relações jurídicas<sup>116</sup>, permitindo não só a tutela individual de direitos individuais, como também a tutela individual de direitos coletivos<sup>117</sup> e a tutela coletiva de direitos pseudo-individuais e de direitos transindividuais<sup>118</sup>.

Em razão disso, e como bem alertado por Kazuo Watanabe, a noção moderna de acesso à Justiça não pode estar voltada apenas para o ângulo interno do processo, que é o dos produtores do serviço processual (juízes, promotores e advogados, por exemplo), mas sim mirá-lo no ângulo externo, ou seja, focar o ponto de vista do povo, consumidores da atividade jurisdicional<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> “Assim, se o direito é necessário para regulamentar a vida em sociedade e se é certo que essa sociedade está em permanente evolução, a ciência jurídica encontra-se, inexoravelmente, no seguinte dilema: ou acompanha a evolução, fornecendo as soluções adequadas e necessárias a se manter a ordem no Estado Democrático de Direito, evitando de um lado o autoritarismo e de outra a anarquia, ou torna-se obsoleta e desprovida de qualquer serventia, o que acarretará sua mais perfeita falta de efetividade (...) É nesse contexto que voltamos ao pensamento de Cappelletti para concluir que o direito, tanto material como processual, não pode ficar estagnado, sob pena de cair em desuso ou, o que é pior, deixar de atender aos anseios sociais, perdendo assim sua razão de ser”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A Dimensão do Acesso à Justiça na Jurisdição Coletiva*. Disponível em: <www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em 20 jan. 2015.

<sup>116</sup> “O direito processual, assim, deve estar preparado para enfrentar uma realidade, em que o contingente populacional mundial ultrapassa o patamar de seis bilhões de pessoas, no qual a revolução industrial transforma-se em tecnológica, diminuindo as distâncias no espaço e no tempo, propiciando a massificação e globalização das relações humanas e comerciais”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 33.

<sup>117</sup> Exemplo marcante dessa espécie de tutela individual de direitos coletivos é a ação popular, por meio da qual se confere legitimação extraordinária para o indivíduo, enquanto cidadão, tutelar direitos transindividuais.

<sup>118</sup> É evidente, porém, que a imperiosa e irreversível facilitação do acesso à justiça, especialmente mediante instrumentos como a isenção de custas e os Juizados Especiais Cíveis, Criminais e, agora, Fazendários, estimula a litigiosidade – muitas vezes aventureira, diga-se – e, conseqüentemente, funciona como contrapeso à eficiência, transformando em norma meramente programática o direito, também fundamental, à “razoável duração do processo” e aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LVIII, da Constituição da República). De fato, como em um verdadeiro e contraditório processo autofágico, facilita-se o acesso à justiça, do qual, porém, decorre o incremento no número de demandas, que, por sua vez, acarreta a perda de efetividade qualitativa do processo, em virtude da sobrecarga do Poder Judiciário, e, *incontinenti*, enseja delongas desnecessárias na entrega da prestação jurisdicional. Assim, nesse cenário de expansão da litigiosidade, e conseqüente abarrotamento das vias judiciais, as quais se revelam incapazes de suportar o número exponencialmente crescente de demandas individuais, o processo coletivo revela-se importante instrumento para facilitar o acesso à justiça, tanto do ponto de vista formal, quanto sob a ótica material. Diga-se, nesse passo, que o processo coletivo representa clara medida de economia processual, pois permite que demandas envolvendo as mesmas questões de fato e de direito sejam decididas coletivamente, com menor dispêndio de custos, tempo e aparato judicial. O processo coletivo revela-se, ainda, propício a evitar a proliferação de sentenças antagônicas para pessoas que se encontrem em posições materiais absolutamente idênticas. Funciona, também, como instrumento capaz de restaurar a correlação de forças entre os litigantes.

<sup>119</sup> “(...) a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti”. WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: *Participação e Processo*. Rio de Janeiro: RT, 1988, p. 128.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, impõe-se a adoção de postura que maximize a efetividade da garantia constitucional do acesso à justiça e dos demais direitos fundamentais<sup>120</sup>, evitando a adoção de pronunciamentos e condutas que obstaculizem, desarrazoadamente, o direito dos jurisdicionados à obtenção de provimento jurisdicional de mérito. A técnica processual e o formalismo não devem, portanto, ser encarados como um fim em si mesmos, mas válidos apenas e enquanto voltados a colaborar para a realização do Direito<sup>121</sup>.

Exige-se mais, porém: o magistrado deve adotar postura ativa e flexível<sup>122/123</sup>, adequada a um processo publicístico<sup>124</sup>, que assegure a isonomia substancial entre os litigantes.

---

<sup>120</sup> “Deve o juiz, portanto, aplicar o direito processual buscando dar ao processo e aos direitos em jogo a maior efetividade possível, pois, caso contrário, haverá risco à própria utilidade da atividade jurisdicional. Diante disso, o Judiciário deve adotar uma técnica hermenêutica de interpretação conforme à efetividade, sem que, porém, isso signifique aniquilar a segurança jurídica ou a proteção às outras garantias constitucionais do processo”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 133.

<sup>121</sup> “Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinar do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso, o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando que o instrumento atinja a sua finalidade essencial. Para afastar as consequências nefastas do formalismo excessivo, pernicioso ou negativo, mostra-se necessário que o jurista, o operador prático do direito, muna-se de ferramentas que impeça tal desvio de perspectiva” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 388, p. 11-28, nov./dez. 2006. Confira-se, ainda sobre o assunto: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009; e CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

<sup>122</sup> Não se ignora, aqui, o oportuno alerta feito por José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que, para garantir-se a observância da igualdade entre as partes, e os subprincípios a ela inerentes, “*es imprescindible que se asegure a los litigantes la igualdad de tratamiento por el órgano judicial. Esto exige, ante de todo, que la conformación del procedimiento no quede sujeta al arbitrio del juez, sino que se ajuste al modelo previamente instituido por la ley para los procesos en general. Una dosis razonable de ‘formalismo’ es necesaria como condición del justo equilibrio entre el poder del órgano judicial y los derechos de las partes, y asimismo de la uniforme aplicación del derecho material*”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La igualdad de las partes em el proceso civil*. In: *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 71.

<sup>123</sup> Acerca da modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil, cf. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

<sup>124</sup> Sobre as discussões envolvendo publicismo e privatismo no processo civil, confirmam-se, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87; e GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

#### 1.4. Garantias fundamentais do processo

O processo, enquanto instrumento de atuação de um dos Poderes do Estado, está sujeito ao princípio da legalidade. Apesar disso, a submissão do Estado aos exclusivos anseios das maiorias de ocasião pode ensejar abusos, conforme os que se passaram na Alemanha nazista e na Itália fascista<sup>125</sup>, nas quais o processo, inclusive o civil, foi utilizado como instrumento de opressão e perpetuação de uma ideologia no poder<sup>126</sup>, chegando-se mesmo a propalar a desnecessidade de observância do contraditório e, portanto, de atuação das partes, na medida em que o interesse público não era passível de ponderação, nem os agentes do Estado de erro<sup>127</sup>.

Para evitar-se isso, significativas Constituições editadas a partir da segunda metade do século passado previram um núcleo rígido de direitos e garantias fundamentais, que, sem ofuscar o governo da maioria, próprio do regime democrático, porém limitando-o, traçaram as linhas-mestras do Estado, salvaguardando-as de eventuais desmandos e, mais do que isso, assegurando o pluralismo das sociedades atuais, nas quais, por pressuposto, também são dignos de respeito e tutela os direitos das minorias.

E, no caso do Constituinte brasileiro de 1988, aproveitou-se o sopro de redemocratização para elevar-se ao *status* de norma constitucional os principais contornos garantísticos de diversos ramos do direito, em especial aqueles de viés publicista, convertendo-os em verdadeiros direitos individuais, ora sob a roupagem de princípios, ora de regras. Com isso, retirou-os do poder de disponibilidade das maiorias<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> Sobre os regimes totalitários, ver ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

<sup>126</sup> Sobre o tema, confira-se: COUTURE, Eduardo J. Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispano-americano. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I – La constitución y el proceso civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 334; CAPPELLETTI, Mauro. *Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano*. In: *Proceso, ideologias, sociedade*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 97-98; e TARUFFO, Michele. *La justicia civil*. In: *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 161.

<sup>127</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudios de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543.

<sup>128</sup> BRASIL, Constituição 1988, Art. 60: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; e IV - os direitos e garantias individuais”.

No ramo processual não foi diferente, pois, sob o enfoque neoprocessualista, o acesso à justiça deve necessariamente compreender o acesso à ordem jurídica justa<sup>129</sup>. Assim, diversas regras e garantias processuais foram enumeradas no art. 5º e em outras passagens do texto constitucional, em fenômeno que se intitulou de constitucionalização das garantias constitucionais do processo<sup>130</sup>.

Com isso, a Constituição Federal de 1988 procurou estabelecer o “*dever-ser*” do processo e, ao lado de definir as respectivas garantias substanciais, dispôs sobre regramentos para edição de normas processuais<sup>131</sup>; tudo, refresque-se, com o propósito de franquear-se o acesso à ordem jurídica justa e, em última análise, a proteção dos direitos fundamentais.

Segundo Michele Taruffo, três são os pressupostos para se alcançá-la: (i) correta escolha e interpretação da norma jurídica, (ii) apuração adequada dos fatos relevantes, e (iii) utilização de procedimento válido e justo<sup>132</sup>. Esta última exigência, para os fins deste trabalho, revela-se de suma importância.

A expressão processo justo<sup>133</sup>, utilizada por Taruffo como pressuposto para o acesso material à justiça, é cunhada em simetria ao enunciado normativo do art. 111 da Constituição da Itália, que afirma: a jurisdição atuará mediante processo justo<sup>134/135</sup>.

<sup>129</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 118. Em igual sentido: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 93.

<sup>130</sup> Sobre o tema, ver: NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Estudios sobre garantismo procesal – El derecho conceptuado a través de la metodología del garantismo procesal: el denominado ‘Derecho de la garantía de la función jurisdiccional’*. San Sebastian: Instituto Vasco de Derecho, 2009; FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil en latinoamerica*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974; AROCA, Juan Montero. *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valência: Tirant et Blanch, 2006; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004; e PICÓ Y JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1997.

<sup>131</sup> BRASIL, Constituição 1988, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. E, ainda, o artigo art. 24: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI - procedimentos em matéria processual”.

<sup>132</sup> TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

<sup>133</sup> Tratando como sinônimos “processo justo” e “devido processo legal”, cf: VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionale del processo civile*. Milano: Giuffré, 1970, p. 30.

<sup>134</sup> No original: “Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta

No Brasil, entretanto, país que, nesse ponto, sofreu influência anglo-saxão, optou-se no texto constitucional pela expressão devido processo legal<sup>136</sup>, que consubstancia verdadeiro sobreprincípio<sup>137</sup>, porquanto, sob o seu manto, inserem-se inúmeros outros princípios que norteiam o processo, dentre os quais, o da ampla defesa, o do contraditório, o da motivação, o da publicidade, o da duração razoável do processo e etc<sup>138</sup>.

O princípio-garantia do devido processo legal remonta à *Magna Charta* inglesa de 1215<sup>139</sup>, que, embora sem consagrá-lo textualmente, assegurava que nenhum homem seria privado da vida, da liberdade e de seus bens, senão mediante juízo legal de seus pares, com base na *law of the land*<sup>140</sup>.

Nos Estados Unidos da América, país que serviu de inspiração para o constituinte brasileiro, o princípio foi incorporado à Constituição Federal por meio da V e da XIV Emendas<sup>141</sup>, com o conteúdo similar ao que já vinha sendo adotado por algumas Constituições estaduais (como a de Maryland, de 1776) de proteção da vida, da liberdade e da propriedade.

---

*illicita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”.*

<sup>135</sup> O art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos fala em processo equitativo: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em 2 jul. 2015.

<sup>136</sup> BRASIL, Constituição 1988, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>137</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 78 e ss. Cf. também, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 93.

<sup>138</sup> NERY JUNIOR, Nelson afirma que “o princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due processo of law*”. Ainda o mesmo autor: “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5ºm em sua grande maioria, seriam absolutamente despididos”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 85 e 95.

<sup>139</sup> Em igual sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 93.

<sup>140</sup> Somente em 1354, com o *Statute of Westminster of the Liberties of London*, fez-se referência expressa ao devido processo legal. No original: “no man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of the law”.

<sup>141</sup> Cf. WATERHOUSE, Price. *A constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Price Waterhouse, 1989, p. 183; e BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 260 e ss.

Neste primeiro momento, o devido processo legal possuía enfoque unicamente processual (*procedural due process of law*), isto é, no sentido de garantia a ser exercida no curso de uma demanda (regularidade procedimental). Posteriormente, por força de interpretação jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana, passou-se a atribuir, também, conteúdo substancial ao princípio (*substantive due process of law*), para utilizá-lo como parâmetro de controle dos atos do Poder Público (*judicial review*)<sup>142/143</sup>.

Sob a ótica processual, que merece aprofundamento neste trabalho, o devido processo legal, ou o processo justo, consubstancia garantia para o cidadão não só de acesso ao Judiciário, mas também de que esse acesso seguirá rito predeterminado, pautado pelas garantias constitucionais do processo<sup>144</sup>, dentre as quais o contraditório<sup>145</sup>.

A observância dessas garantias, aponte-se ainda, coaduna-se com a visão neoprocessualista, por meio da qual o processo passa a ser visto como instrumento de realização de justiça, daí não mais se falar em devido processo legal, mas sim em devido processo constitucional, a evidenciar a importância das normas constitucionais para o processo – especialmente as garantias.

Ademais, a observância de um rito minimamente predefinido, no qual se assegurem os valores e princípios constitucionalmente albergados, ao lado de conferir previsibilidade e, portanto, segurança jurídica às partes, confere legitimidade à atuação e às decisões do Poder

---

<sup>142</sup> “A origem do *substantive due processes of law* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o Legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário” NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 83.

<sup>143</sup> Criticando a existência de uma vertente substancial do devido processo legal, confira-se: AVILA, Humberto Bergmann. O que é “devido processo legal”? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

<sup>144</sup> Essas garantias “podem ser individuais e estruturais, conforme se refiram à proteção dos direitos e interesses subjetivos de cada uma das partes nos casos concretos ou às condições prévias de que deve revestir-se a organização judiciária”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. I, p. 23.

<sup>145</sup> “O processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com as regras preestabelecidas e que assegurem, amplamente, que os interessados na solução da questão levada ao Judiciário exerçam todas as possibilidades de ataque e de defesa que lhe pareçam necessárias, isto é, de participação. O princípio do devido processo legal, neste contexto, deve ser entendido como princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 107.

Judiciário<sup>146</sup>, compensando o *déficit* democrático de seus membros, que, como notório, não são eleitos pelo voto popular.

Inferese, assim, que o acesso à justiça e o devido processo legal auto implicam-se, não se podendo falar da existência de um sem o outro. Na verdade, ambos integram o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e, por isso, consubstanciam direitos fundamentais<sup>147</sup>.

E, por ter suporte no sobreprincípio do devido processo legal, revela-se o contraditório, ele próprio, garantia fundamental de observância obrigatória.

Do exposto, o conteúdo do acesso à justiça pressupõe não apenas a garantia formal de franquear-se, de maneira ampla e isonômica, as portas do Poder Judiciário sempre que violado ou ameaçado determinado direito<sup>148</sup>, como também a exigência de assegurar-se aos jurisdicionados um processo justo e efetivo, assim compreendido aquele que, (i) além de pautado pela estrita observância das garantias fundamentais do processo, sintetizadas na expressão *due process of law*, cunhada pela Constituição norte-americana, também (ii) garanta tempestivamente a quem tem direito tudo aquilo, e exatamente aquilo, a que ele faz *jus*<sup>149</sup>, inclusive com soluções e mecanismos que priorizem a tempestiva tutela específica das obrigações e, destarte, permitam que se evitem lesões ao direito ou, sucessivamente, proporcione o restabelecimento do *status quo ante* à lesão do direito<sup>150</sup>.

---

<sup>146</sup> “A observância do ‘devido processo legal’ ou do ‘procedimento legal’ legitima o exercício da jurisdição e, de outro ângulo, constitui garantia das partes diante do poder estatal”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 464.

<sup>147</sup> Nesse sentido, Leonardo Greco afirma que o conteúdo atual do acesso à Justiça “é implementado através das chamadas garantias fundamentais do processo ou do que vem sendo denominado de processo justo, que (...) compreende todo o conjunto de princípios e direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela de seus direitos”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. I, p. 23. Ainda em igual sentido, cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e giusto processo*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr.-jun. 1998, p. 145.

<sup>148</sup> BRASIL, Constituição 1988, art. 5º, XXXV.

<sup>149</sup> “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire*”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, v. 1, p. 110.

<sup>150</sup> Com razão, portanto, o tom incisivo de Clémerson Merlin Clève: “não basta haver Judiciário: é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial: é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa: é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa. O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional”. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional e da Teoria do Estado*. São Paulo: Academia, 1993, p. 50.

## 2. EVOLUÇÃO: DO CONTRADITÓRIO FORMAL AO PARTICIPATIVO

### 2.1. Contraditório: origem e descrédito do princípio

Sintetizado pelos juristas medievais sob o brocardo *audiatur et altera pars*, o princípio do contraditório, segundo apontado por Nicola Picardi, teve origem na Grécia antiga, em textos de Aristófanes, Eurípedes e Sêneca<sup>151</sup>.

Em razão da natureza isonômica<sup>152</sup> do processo medieval (*ordo iudiciarius*), que, “com seu caráter público, argumentativo e justificativo, representava um capítulo da retórica e da ética”<sup>153</sup>, destinado a assegurar a igualdade material<sup>154</sup> não apenas entre as partes, mas entre estas e o juiz, o contraditório assumia feições jusnaturalistas (de direito natural<sup>155</sup>), convertendo-se, mesmo, na essência ética do processo<sup>156</sup>.

---

<sup>151</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130. Em igual sentido: GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

<sup>152</sup> O *iudicium* era imposto pela prática judiciária e, por isso, à margem da autoridade estatal. Era fruto da criação doutrinária, sem qualquer apoio em regra escrita, demandando, assim, regulamentação pelo diálogo. Por meio dessa compreensão, buscava-se estabelecer relação de coordenação entre juiz e partes.

<sup>153</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

<sup>154</sup> “Nesse aspecto, o contraditório possuía como primeira regra de sua aplicação a compensação em relação às várias formas de desigualdades existentes no processo, levando, inclusive, em consideração as circunstâncias referentes à capacidade dos defensores”. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 111. Cf, ainda, GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 532.

<sup>155</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 109. Em igual sentido, GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

<sup>156</sup> Consoante apontado por Leonardo Greco, com o contraditório, o processo tornou-se a Magna Carta dos direitos do cidadão. A tutela judicial dos direitos naturais à audiência bilateral e à paridade de tratamento tinha uma dimensão social, transcendendo as partes em conflito e constituindo, portanto, para o homem medieval a sua esfera de proteção e resistência ao arbítrio dos governantes. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 542.

Aliado ao caráter isonômico e dialético do processo medieval, o contraditório era visto como método tópico de investigação da verdade (esforço combinado das partes)<sup>157/158</sup>.

Segundo a concepção medieval, tal metodologia se resolvia na *ars opponendi et respondendi*, em uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes: *citatio* e *defensio* constituíam momentos de informação contrária, justificação e contestação. O contraditório representava o instrumento para a investigação dialética da ‘verdade provável’<sup>159</sup>.

Ainda no processo medieval, não se limitava o princípio à *litis contestatio*; aplicava-se, na verdade, também a todos os outros atos processuais, inclusive na produção e apreciação da prova. Era, portanto, método contínuo e preparatório de todas as decisões adotadas no processo<sup>160</sup>.

Com o absolutismo monárquico, fragilizou-se, a partir do século XVI, o contraditório enquanto sinônimo de igualdade e busca da verdade provável, isto é, enquanto catalisador da eticidade para o processo, na medida em que este passou a ser regulado pelo príncipe, transmutando-se, assim, de ordem simétrica (isonômica) em assimétrica<sup>161</sup>.

Ao se transformar em instrumento estatal, com a intervenção de uma vontade externa, o processo passou a gozar de uma concepção formal (racional e objetiva), em que atuação do magistrado era previsível e controlável pelo soberano, o qual, ainda, detinha monopólio sobre a legislação processual.

O contraditório, em simetria, passou a revestir-se de uma ótica mecânica, lógico-formal, de contraposição de teses, sem preocupação com a tutela da igualdade material, e no qual a busca pela verdade provável foi substituída pela confiança em uma verdade absoluta,

<sup>157</sup> Tratava-se de uma verdade que ninguém poderia conhecer na sua totalidade, por isso o método tópico de pesquisa, com o confronto recíproco das partes e a consequente ampliação da informação. Posto de outra forma, consubstanciava estímulo à dialética entre as partes.

<sup>158</sup> Segundo Humberto Theodoro Junior e Dierle José Coelho Nunes, “reconhecia-se, de certa forma, um caráter ético ínsito no contraditório, quando se preconizava um vínculo dele com a busca da verdade e a compensação de forças entre os litigantes”. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 111.

<sup>159</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

<sup>160</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 542.

<sup>161</sup> Privilegia-se a posição da autoridade em face dos jurisdicionados. Principal exemplo disso foi o Código de Luis XV.

objetiva e pré-constituída. Tinha-se, nesse sentido, que a verdade poderia ser alcançada sem o contraditório, isto é, sem a metodologia dialética da investigação<sup>162</sup>.

Com o positivismo (final do século XIX e primeira metade do século XX), e a decorrente pretensão de criar-se uma ciência jurídica à semelhança das ciências exatas, o contraditório foi desprovido, por completo, de seu conteúdo ético e axiológico e, pior, restrito a apenas alguns procedimentos<sup>163</sup>.

Chegou-se a crer, no início do século XX, que a falta de contraditório não infirmaria a justiça da decisão – dentre os defensores dessa tese estavam Carnelutti e Betti –, e, na Alemanha social-nazista, pregou-se o próprio fim do contraditório no processo civil, com a absorção do processo de partes no procedimento oficioso de jurisdição voluntária<sup>164</sup>.

Em certo grau, essa derradeira crise axiológica do contraditório coincidiu, em alguns países da Europa, com a passagem da concepção liberal, em que o processo era conduzido pelas partes e destinado à realização de direitos privados, para um processo exacerbadamente social, em que o protagonista era exclusivamente o magistrado, a quem competia a direção formal e material do processo<sup>165</sup>.

Os movimentos reformistas do sistema processual, iniciados o final do século XIX, demonstram uma nítida tendência de transição desse processo liberal, escrito e

<sup>162</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 136. Em igual sentido: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 153-154.

<sup>163</sup> CONTE, Francesco. O contraditório como dever e a boa-fé processual – os fins sociais do processo. In: FUX, Luiz (org). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 633. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 155. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109.

<sup>164</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 114.

<sup>165</sup> “A concepção liberal, ainda não imbuída claramente do caráter público do processo, atribuía às partes não só amplos poderes para o início e fim do processo e o estabelecimento de seu objetivo, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram, portanto, significativamente restringidos (...) No extremo oposto, coloca-se a instituição de um processo civil para as relações de direito privado com plena exclusão do princípio dispositivo e absoluto império do princípio da oficialidade em prol da ampla investigação da verdade ‘real e objetiva’, como aconteceu nos países do mundo socialista, o que acarretaria a quase total absorção do direito civil pelo direito público. Realmente, a radicalização nessa matéria pode implicar exagerada ‘publicização’ do processo, levando até à absorção da justiça na administração como chegou a ser sugerido no plano doutrinário na Alemanha nazista, com ilimitada atribuição de poderes ao juiz na investigação probatória e conseqüente enfraquecimento das garantias e segurança dos direitos individuais”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em 21 jan. 2015.

dominado pelas partes para um processo que segue as perspectivas da oralidade e do princípio autoritário, com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual.

Assim, desde a ÖZPO (Ordenança Processual Civil austríaca) de 1895, obra de Franz Klein, o processo passou a ser visto como ‘instituição estatal de bem-estar social’<sup>166</sup>.

Note-se, entretanto, que nenhum desses dois modelos atende aos atuais anseios do corpo social, consubstanciados na percepção do processo como instrumento essencial à efetiva tutela dos direitos fundamentais; ele próprio um direito fundamental.

O liberalismo, impregnado pela igualdade formal das partes e o respeito quase absoluto à autonomia privada, converte o processo em instrumento de realização, não raras as vezes desigual, de direitos privados, desprovido de qualquer conotação publicística.

Essa compreensão liberal do processo, como a história não deixa esquecer, encerra verdadeiro desvio de perspectiva, do que é exemplo claro o princípio dispositivo em sua concepção clássica, pelo qual competia exclusivamente às partes a apresentação e a demonstração dos fatos, com grave prejuízo para a justiça da decisão.

Por sua vez, o publicismo excessivo, com plena exclusão do princípio dispositivo e primazia da oficialidade, tem desvantagens próprias do processo inquisitório, no qual a ampla gama de poderes e iniciativas outorgadas irrestritamente ao magistrado, em prol de uma investigação da verdade (objetivamente considerada), enseja grave risco de supressão das garantias individuais das partes.

Observe-se, neste ponto, que não se está a defender tese contrária ao ponto de vista publicístico e social do processo. Insurge-se, sim, contra o publicismo exagerado, com o aumento irrestrito dos poderes do magistrado, que acaba por transformar-se em arbítrio, desprovido de qualquer forma de controle, previsibilidade e, em última análise, respeito às garantias individuais das partes.

Deve-se, sob essa perspectiva, apoiar modelo publicístico de processo que atribua ao magistrado postura ativa e, mais do que isso, dialética e cooperativa – voltada à apuração da verdade dos fatos e à supressão das desigualdades no processo. Contudo, a par de fazê-lo, esse ativismo deve estar balizado pelos direitos e garantias fundamentais dos litigantes e pelas regras formais do processo.

Portanto, deve haver um equilíbrio entre a efetividade do processo e as garantias processuais, mas não uma redução da atuação judicial. A atividade ilimitada do

---

<sup>166</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 113.

Poder Judiciário pode conduzir a um desrespeito ao Estado de Direito, ao passo que o garantismo excessivo pode levar à inutilidade da demanda<sup>167</sup>.

Em outras palavras, e como dito linhas acima, defende-se o modelo processual influenciado pelo neoconstitucionalismo, com o reconhecimento (i) da democracia como pressuposto de legitimidade do Estado<sup>168</sup>, (ii) da força normativa da Constituição<sup>169</sup> e (iii) da dimensão objetiva aos direitos fundamentais.

## 2.2. O contraditório como direito à audiência bilateral (*audiatur et altera pars*)

Em sua concepção tradicional e etimológica, o contraditório consiste, basicamente, no princípio pelo qual se impõe a prévia audiência das partes sobre todos os atos do processo (audiência bilateral)<sup>170</sup>, isto é, desde a ciência da propositura da ação pelo autor e das exceções e preliminares opostas pelo réu (fase postulatória), passando pelas provas produzidas (fase instrutória) e culminando com do teor da sentença (fase decisória). Evidentemente que, na eventual fase recursal, também deverá ser observada a audiência bilateral.

Ao juiz, como sujeito do processo, compete participação ativa na observância do contraditório, pelo que se pode concluir que os litigantes têm a garantia, o direito ao contraditório, ao passo que o juiz tem o dever de assegurar-lhes o contraditório<sup>171</sup>.

Daí porque Dinamarco pondera que “*todo o sistema processual é construído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidade para participar pedindo, participar alegando e participar provando*”<sup>172</sup>.

<sup>167</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 141.

<sup>168</sup> Nesse sentido, FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Doxa*. In: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, p. 7-20, abril, 2002.

<sup>169</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>170</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 98. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 156.

<sup>171</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1, p. 124.

<sup>172</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 221.

Denota o contraditório, portanto, a ideia de contraposição de teses, das quais o juiz, figura imparcial, extrai sua decisão da síntese das parcialidades das partes, que, nesse cenário, representam tese e antítese.

Sustenta a doutrina, nessa toada, que o contraditório – em sua visão tradicional, frise-se –, pode ser compreendido pelo binômio informação-reação<sup>173</sup>.

O direito de informação afigura-se, sempre, indispensável.

Dele extrai-se a necessidade de cientificar a parte de todos os atos e decisões do processo, e não apenas daqueles que, porventura, possam causar-lhe visivelmente situação de desvantagem, real ou potencial.

Da mesma forma, deve-se assegurar às partes a possibilidade de reagir aos atos que lhes forem desfavoráveis, sejam provenientes do *ex adverso*, sejam do magistrado. Saliente-se, entretanto, que, no processo civil, é suficiente que seja oportunizada a manifestação, a qual, porém, pode ou não ser concretizada pela parte interessada<sup>174</sup>. Exige-se, apenas, que essa oportunidade seja real e efetiva<sup>175</sup>.

Observe-se, por outro lado, que, embora tecnicamente acertado<sup>176</sup>, entender-se que o dever de informação e reação se destina apenas àqueles potenciais prejudicados reduz a dimensão do princípio às partes ou aos terceiros interessados, em típica visão individualista<sup>177</sup> do contraditório.

---

<sup>173</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 206. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 110. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 98. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 160. CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, v. 1, p. 50-51.

<sup>174</sup> O princípio, para o processo penal, significa contraditório efetivo, real e substancial; tanto que se exige defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (CPP, 261). No processo civil o contraditório, via de regra, não tem essa extensão, bastando que seja dada oportunidade aos litigantes para se manifestarem; oportunidade essa, frise-se, que deverá ser real e efetiva. Excepcionalmente, exigir-se-á contraditório efetivo, do que é exemplo a situação em que a citação se deu por edital, hipótese na qual dar-se-á ao revel curador (art. 9, II, do CPC). Cf. por todos, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 209. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 223.

<sup>175</sup> “Vê-se, portanto, que o contraditório, ao envolver a informação e a reação, consagra um direito de participação das partes no processo, apesar de estas poderem deixar de participar, de acordo com seus interesses. É essencial, porém, que lhes tenha sido proporcionada a oportunidade de se manifestar”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 160.

<sup>176</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

<sup>177</sup> “Embora a garantia do contraditório esteja relacionada a algumas premissas individualistas, tais como a legitimidade *ad causam*, a eficácia da sentença (restrita às partes que figuraram no processo) e os limites subjetivos da coisa julgada; modernamente, tais restrições vão sendo depuradas do significado individualista. É o que se verifica da admissão de um processo conduzido por uma entidade idônea e com legitimidade *adequada*, permitindo a produção de seus efeitos sobre pessoas pertencentes a um grupo ou comunidade”. PINHO,

Não é demais lembrar, a esse respeito, a segunda “*onda renovatória*” referida por Cappelletti e Garth<sup>178</sup>, que compreendeu a representação dos interesses difusos. Nela, alertaram os referidos professores sobre a necessidade de reformas substanciais, destinadas à transição de um processo calcado exclusivamente no indivíduo para um processo de concepção social (coletivo), impondo-se, para tanto, mudanças em categorias como a legitimidade, a citação e a coisa julgada, de forma a vincular indivíduos que não participaram diretamente da lide.

Justamente para evitar-se esse caráter individual, a doutrina alemã define o princípio mediante a cláusula “direito a uma oitiva justa”, que corresponde, em sentido amplo, ao direito de ser ouvido, afastando, assim, o contraditório da ideia de interesses opostos<sup>179</sup>.

Não obstante o exposto, a compreensão arraigada do contraditório, apenas e tão-somente, como direito à audiência bilateral, ou seja, como direito ao binômio informação-reação, revela-se deveras insuficiente à compreensão da exata dimensão que esse princípio representa, hoje, para o Estado Democrático de Direito.

### **2.3. O Neoprocessualismo e as quatro dimensões do contraditório participativo**

#### **2.3.1. Premissas teóricas**

Conquanto a audiência bilateral ainda seja essencial, o contraditório é mais do que simplesmente ela; é elemento essencial do próprio direito de acesso à justiça e qualificador do processo<sup>180/181</sup>.

---

Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 99.

<sup>178</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>179</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

<sup>180</sup> Por fazer parte da própria estrutura do processo, Elio Fazzalari define o processo como um procedimento estruturado em contraditório. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1998, p. 119.

<sup>181</sup> “Talvez a mais importante dessas garantias [do processo judicial], porque ela própria engloba diversas outras, é a garantia do contraditório, consagrada no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Contraditório como

Há autores, inclusive, que, com razão, chegam a sustentar que, sem contraditório, não há acesso à ordem jurídica justa<sup>182</sup>.

(...) o princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório<sup>183</sup>.

De fato, a dogmática desenvolvida depois do segundo pós-guerra também foi responsável pelo renascimento axiológico do princípio do contraditório, em razão da reconstrução do Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade humana e na eficácia concreta dos direitos fundamentais, assegurada pelo amplo acesso à tutela jurisdicional<sup>184</sup>.

Passa a ser visto o contraditório, portanto, como garantia fundamental de justiça, inerente ao próprio Estado de Direito<sup>185</sup>.

Nesse sentido, países como Alemanha, Itália e Espanha – traumatizadas pelas atrocidades e pela supressão das garantias individuais promovidas pelos regimes totalitários no período pré-segunda guerra mundial – constitucionalizaram, ao longo da segunda metade do século XX, o princípio do contraditório. E, aqueles que não o fizeram explicitamente,

implementação no processo judicial do princípio político da participação democrática ou da chamada democracia participativa. Contraditório como garantia que assegura aos sujeitos parciais do processo a mais ampla possibilidade de influir eficazmente em qualquer provimento jurisdicional, especialmente o provimento jurisdicional final, submetendo à cognição do juiz todas as alegações e provas que possam contribuir para essa influência. Contraditório como influência com paridade de armas”. GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>182</sup> “O traço distintivo que realmente conota o processo judicial é o contraditório, cujo pressuposto básico é que ele se desenvolva num plano de absoluta paridade entre as armas. Paridade tem o significado de que todas as partes que atuam no processo devem dispor de oportunidades processuais preordenadas e simétricas”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia Constitucional do Contraditório no NCPC: Análise e Proposta. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v. 38, p. 07, set./out. 2010.

<sup>183</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205. Em igual sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. *La corte costituzionale ed il processo civile*. In: *Riv.Dir.Proc.* Padova: Cedam, XXIII, 1968, p. 766; CAPPELLETTI, Mauro; VIGORITI, Vincenzo. *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*. In: *Riv.Dir.Proc.* Padova: Cedam, XXVI, 1971, p. 622-623.

<sup>184</sup> CONTE, Francesco. O contraditório como dever e a boa-fé processual – os fins sociais do processo. In: FUX, Luiz (org). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 641. Em igual sentido, TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 98; e CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543-544.

<sup>185</sup> “(...) o princípio processual mais importante e elemento irrenunciável de todo ordenamento processual do Estado de Direito”. JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de: F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 167.

como Portugal, extraem-no, por construção hermenêutica, do direito de acesso à ordem jurídica justa<sup>186</sup>.

O Brasil, cujo contraditório era tratado na Constituição Federal de 1967/1969 como específico do processo penal<sup>187/188</sup>, não restou infenso a esse movimento de revalorização do princípio, observado na Europa pós-segunda guerra.

A Constituição Federal de 1988, marco do amadurecimento democrático brasileiro, textualmente elencou-o entre os direitos fundamentais e, ainda, estendeu-o, juntamente com o princípio da ampla defesa, à esfera do processo civil e administrativo<sup>189/190</sup>.

Assim, e da mesma forma do que ocorrera, como visto, com a garantia fundamental do acesso à justiça, a adoção das premissas dogmáticas do neoconstitucionalismo impõe a reconstrução teórica da garantia fundamental do contraditório.

Nessa reconstrução, deve o intérprete resgatar o contraditório como busca da verdade enquanto realidade empírica<sup>191</sup> e de preservação da isonomia substancial (paridade de armas), e, ainda, empreender sua requalificação à luz do princípio democrático, do qual se extrai o dever de diálogo entre o magistrado e as partes (relação de coordenação), as quais, destarte, deixam de ser sujeitos da autoridade estatal e passam a atuar, conjuntamente com ela, como verdadeiros atores processuais, colaboradores de boa-fé do desenrolar e da adequada conclusão do processo.

---

<sup>186</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 157.

<sup>187</sup> Constituição Federal de 1967/1969: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) §15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção; §16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

<sup>188</sup> Embora a doutrina estendesse sua aplicação para o campo cível e administrativo. Cf, nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 46; e OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 66.

<sup>189</sup> CF/88, art.5º: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>190</sup> Apesar de estarem sob o pálio do mesmo enunciado normativo, contraditório e ampla defesa possuem contornos próprios. De fato, apesar de intimamente relacionado com o contraditório, o princípio da ampla defesa consubstancia a garantia que a parte tem de se manifestar sobre eventuais proposições formuladas pela contraparte (ou seja, sempre posteriormente), utilizando-se, para tanto, de todos os instrumentos postos pelo ordenamento jurídico. A ampla defesa, portanto, estabelece uma forma organizatória entre as relações das partes. Cf, nesse sentido, ROCHA, Felipe Borring. O contraditório utilitarista. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 229, ano 39, p. 171 – 197, mar. 2014; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 159; e GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 548.

<sup>191</sup> TARUFFO, Michele. *Proceso y decisión*. In: *Leciones mexicanas de Derecho Procesal*. Marcial Pons, 2012, p. 37.

O contraditório representa, nesse cenário, garantia de desenvolvimento válido do processo, que visa a atribuir legitimidade à formação do convencimento do juiz, mediante influência das partes processuais (contraditório participativo).

O Estado Democrático de Direito, com a releitura do contraditório, melhora a relação juiz-litigante, de modo a garantir um efetivo diálogo humano e a criação de uma comunidade de trabalho.

Dessa forma, o princípio não pode ser tratado como mecânica contraposição de interesses, limitado a uma dimensão estática<sup>192</sup> e unilateral de decisão (monólogo).

A dogmática neoprocessualista extrai do contraditório a exigência de adotar-se procedimento dialógico, formado pela conjugação de esforços argumentativos entre partes e magistrado, ou seja, impõe a exigência de um contraditório dinâmico, o qual, nas palavras de Luigi Comoglio e Dierle Nunes, deve ser elevado a elemento normativo estrutural da participação, assegurando o policentrismo processual<sup>193</sup>.

Daí poder extrair-se do contraditório, para além do direito à audiência bilateral (*audiatur et altera pars*), quatro outras dimensões: instrumento de legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação.

### 2.3.2. Contraditório como instrumento de legitimação democrática

A concepção do Estado Democrático de Direito desenvolvida após a segunda metade do século XX consubstancia a conjugação de dois conceitos que, embora próximos, não se confundem: constitucionalismo e democracia. Aquele, compreendido como supremacia da lei e contenção de poder; esta, como soberania popular e governo da maioria.

Todavia, a concretização do princípio democrático, isto é, a implementação das decisões majoritárias, deve harmonizar-se ao pluralismo das sociedades contemporâneas, as quais convivem com inúmeras concepções individuais e coletivas do que vem a ser vida

<sup>192</sup> ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990, p. 154.

<sup>193</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Voce: contraddittorio (principio del)*. *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, v. 8, p. 2.

digna<sup>194</sup>. Logo, a Constituição de um Estado Democrático, como o brasileiro, tem duas principais e relevantes funções.

A primeira, de veicular consensos mínimos, indispensáveis à dignidade da pessoa e à contenção de poder, os quais não podem ficar sujeitos às intempéries das maiorias ocasionais.

Já a segunda, assegurar o espaço próprio do pluralismo, com mecanismos que propiciem o debate no espaço público, com a participação direta do povo na formação dos atos dos Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), que, para serem válidos, necessitam de representatividade e legitimidade corrente do poder<sup>195</sup>.

Em decorrência disso, revela-se inconcebível que os atos e decisões emanados dos Poderes Constituídos, em especial aqueles que interfiram na esfera jurídica dos indivíduos e na compreensão própria de vida digna, sejam tomados unilateralmente, sem que se propicie aos destinatários do ato ou da decisão a possibilidade de manifestarem-se, prévia e efetivamente, em espaço público adequado a tanto.

Nesse cenário, o modelo de democracia representativa revela-se insuficiente<sup>196</sup>, na medida em que se exaure na escolha dos representantes, dispensando a participação ativa do indivíduo na formação da vontade estatal.

Conforme frisado por Emílio Crosa, o princípio democrático exige a efetiva participação do povo na coisa pública, que não se exaure “*na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento*”<sup>197</sup>.

Por essa razão, a democracia não pode estar adstrita ao modelo representativo. Exige mais do que isso: a adoção de formato deliberativo, legitimada pelo discurso<sup>198</sup>, no qual os indivíduos não são apenas destinatários das normas e atos do poder público, mas, ainda e principalmente, seus coautores.

<sup>194</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2006, p. 317.

<sup>195</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. São Paulo: Renovar, 2005, p. 308.

<sup>196</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 113. Esclarece, ainda, o citado autor que: “a forma clássica de democracia representativa foi insuficiente em preservar a posição participativa da pessoa humana na sociedade. Na democracia representativa, a validade do direito era compreendida numa visão voluntarista: os indivíduos, por um ato de assentimento inicial, elegiam o legislador político; e o que este legislador estabelecesse como direito seria considerado legítimo. Nesse modelo, a ligação entre representantes e representados era uma longínqua associação histórica, que não podia ser recorrentemente resgatada e renovada. Apesar de vencido o absolutismo monárquico, os indivíduos continuavam súditos, antes subordinados ao príncipe, depois à assembleia, mas de toda a sorte distantes do efetivo processo de produção das normas jurídicas”.

<sup>197</sup> CROSA, Emílio. *Lo stato democratico*. Torino: UTET, 1946, p. 25.

<sup>198</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 163.

As teorias democrático-deliberativas demandam, assim, que as propostas decisórias sejam legitimadas mediante argumentos que possam ser defendidos e debatidos no espaço público. Posto de outra forma, todo os indivíduos são dignos de igual respeito e de participar do processo público de formação da vontade estatal.

Contudo, esse diálogo, para ser válido e legítimo, deve ser promovido em ambiente que assegure igualdade e liberdade aos participantes. Essas condições, correspondem, nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto, aos princípios da democracia deliberativa, os quais visam a abertura, a igualdade de possibilidades de participação e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, do processo político democrático<sup>199</sup>.

Diante dessa premissa – aliada à constatação de que, em razão do pluralismo do corpo social, revela-se inviável o consenso generalizado sobre o conteúdo das normas jurídicas e dos fins que devem ser perseguidos pelo Estado –, parte das teorias democrático-deliberativas procura empregar a legitimidade pelo procedimento, pois neutra em relação ao pluralismo<sup>200</sup>.

A despeito disso, a observância pura e simples do procedimento não se revela adequada a legitimar a atividade do Estado, até mesmo porque o procedimento pode ser injusto<sup>201</sup>.

Deve-se buscar, na medida do possível, algum conteúdo normativo. Quer-se dizer com isso, que, para legitimar-se o ato decisório, não basta a observância do procedimento; requer-se, ainda, a observância das normas que visam a garantir as condições para o exercício da democracia deliberativa, que se traduzem, ainda segundo Cláudio Pereira de Souza Neto<sup>202</sup>, na observância dos direitos materialmente fundamentais.

Melhor falar-se, então, em legitimidade pelo debate e pelo devido processo legal<sup>203</sup>. Com razão, portanto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao asseverar a necessidade de respeito a uma processualidade participativa e adequada na formação da vontade estatal:

---

<sup>199</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2006, p. 319.

<sup>200</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980, p. 31-32: “A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisão obrigatória”.

<sup>201</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 161.

<sup>202</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2006, p. 320.

<sup>203</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 221.

(...) não mais bastando o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, trata-se de buscar um consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais que possam disciplinar com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada como instrumento democrático.

Essa processualidade participativa, como qualquer outra técnica jurídica que se destine a ação do Estado para conferir-lhe previsibilidade no procedimento e efetiva garantia dos direitos das partes, envolve sempre uma cuidadosa reafirmação do sentido formal do direito ao devido processo, constitucionalmente garantido, na esteira da contribuição jurisprudencial e doutrinária dos Estados Unidos da América, berço do moderno direito participativo, ao fundar na cláusula constitucional do *due process of law*, enunciada na Emenda V, o direito de participar em processos regulamentares, abrindo aos sistemas constitucionais de todo o mundo, não apenas a possibilidade mas o dever de instituir processos participativos adequados para a satisfação tanto do conteúdo formal quanto do material da referida cláusula<sup>204</sup>.

Passando-se do plano político para o processual, percebe-se que o processo, enquanto instrumento voltado à tutela da ordem constitucional – e ele próprio influenciado por essa ordem –, precisa reverberar as bases do princípio democrático deliberativo, assegurando aos jurisdicionados espaço para o debate livre, igual e participativo<sup>205</sup>.

O processo, portanto, deve ser concebido como um canal institucionalizado de debate público<sup>206</sup>, no qual as partes não podem ser consideradas mero objeto da decisão<sup>207</sup>, mas sim partícipes de sua formação<sup>208</sup>.

Esse é o reflexo que a soberania popular deve ter sobre a atividade jurisdicional. Até mesmo porque essa atividade nada mais é do que uma atividade estatal<sup>209</sup> e, no contexto das teorias democrático-deliberativas, está submetida, como visto, ao procedimento previsto em lei, que deve ser qualificado e delineado pelas garantias constitucionais do processo.

<sup>204</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 3, p. 35-36, 2003.

<sup>205</sup> Nesse sentido, DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 25: “(...) o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do processo democrático, nela proclamadas; ele é por assim dizer, o microcosmos democrático do Estado de Direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade”.

<sup>206</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 116.

<sup>207</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 83.

<sup>208</sup> “É, na verdade, nos espaços públicos que os fluxos comunicativos são fomentados, filtrados e sintetizados, de modo a se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos, corporificando uma estrutura comunicacional do agir orientado ao entendimento, não a fins estratégicos. O ambiente propício para tal espaço público é o processo constitucionalmente entendido, que impedirá decisões solitárias, ao quebrar o privilégio cognitivo dos agentes estatais e ao impor a estes a devida fundamentação racional de argumentos produzidos e construídos endoprocessualmente”. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 138.

<sup>209</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 161.

Ainda mais evidente se torna essa compreensão ao constatar-se que o neoconstitucionalismo, em razão de suas premissas dogmáticas já expostas no pertinente capítulo, confere ampla margem de valoração ao magistrado para a criação do Direito.

De fato, a vagueza dos princípios e a influência interpretativa que exercem sobre o ordenamento jurídico permitem maior margem de manobra ao magistrado para que aplique, no caso concreto, a sua compreensão de justiça. Com isso, o magistrado deixa de ter função meramente declaratória do Direito (supostamente exaurida na lei) e passa a ter verdadeira função criativa do Direito.

Dessa forma, a argumentação e o debate passam a ser da essência do próprio processo. Note-se, entretanto, que não se tergiversa aqui que o processo, em si mesmo, é estruturado sob a forma discursiva; o que se quer enfatizar, sim, é a necessidade de participação ativa e efetiva dos jurisdicionados na formação da decisão judicial.

Com efeito, o processo é uma estrutura do poder que se exerce de maneira discursiva e as decisões estatais vinculativas aos indivíduos devem ser produto de um condicionamento plural, refletindo uma manifestação democrática do poder do Estado<sup>210</sup>.

Exige-se, por isso, que as partes possam participar e influenciar na formação desse processo decisório.

Sob essas luzes, o princípio do contraditório, agora influenciado pelas teorias democrático-discursivas, passa a ser o instrumento, posto à disposição do magistrado e das partes, para implementar esses objetivos<sup>211</sup>.

Nesse sentir, o diálogo intersubjetivo no seio do processo, isto é, o contraditório participativo, confere a indispensável legitimidade democrática à atuação jurisdicional<sup>212</sup>, cujos respectivos membros, como notório, não são eleitos pelo povo, mas sim escolhidos por critérios impessoais de seleção (concurso público) ou por indicação política (Ministros do Supremo Tribunal Federal e magistrados eleitos pelo quinto constitucional)<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 117.

<sup>211</sup> “É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, processo como procedimento em contraditório”. ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumem Jures*, 1997, p. 191.

<sup>212</sup> “Portanto, uma vez que o contraditório possa significar real oportunidade de participação das partes na formação da decisão judicial, essa garantia processual vem a ser um modo de concretização da democracia, servindo como instrumento de legitimação do exercício do poder jurisdicional”. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011, p. 135.

<sup>213</sup> “O contraditório, nesse prisma, configura, portanto, fator de legitimidade democrática do Judiciário, na medida em que esse Poder é composto por membros não escolhidos pelo povo, e a participação inerente a esse direito torna o processo atividade dos jurisdicionados”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A*

Assim, e até mesmo por ser o instrumento por excelência da dialética, o contraditório passa a ser a expressão, no processo, do princípio político da participação democrática<sup>214</sup>.

### 2.3.3. Contraditório como influência

O contraditório, como exposto, exige, em primeiro lugar, que se assegure o direito de informação e exposição, ou seja, que se faculte às partes a possibilidade de se manifestarem, via de regra previamente – salvo quando em jogo outro valor que, no juízo concreto de ponderação, mereça primazia diante do princípio do contraditório<sup>215</sup> –, sobre todos os atos do processo, ainda que estes, porventura, não lhes causem prejuízo direto e imediato (*principio di partecipazione*<sup>216</sup>).

A esse respeito, bem frisou o Tribunal Constitucional Federal Alemão que, além de exigência para a obtenção de uma decisão correta, a oitiva prévia das partes sobre os atos do processo é exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, em cujo núcleo essencial está inserida a cláusula de que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade e patrimônio sem o devido processo legal:

---

*modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 162. Em igual sentido: GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 555-556.

<sup>214</sup> GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 539. Esclarece, ainda, o citado autor que: “Como expressão do princípio político da participação democrática, o contraditório não é mais exclusivo do processo judicial, mas se estende a todas as atividades dos poderes públicos de que podem resultar decisões que atinjam a liberdade, o patrimônio ou a esfera de interesses dos cidadãos determinados” (*op. cit.* p. 546).

<sup>215</sup> “Contraditório eficaz é sempre prévio, anterior a qualquer decisão, devendo a sua postergação, através de liminares cautelares ou antecipatórias, ser excepcional e fundamentada na convicção firme da existência do direito do requerente e na cuidadosa ponderação dos interesses em jogo e dos riscos da antecipação ou do retardamento da decisão (Oliveira). Corrado Ferri chega a afirmar que o prévio contraditório é um instrumento de civilidade jurídica e que o contraditório *a posteriori* distorce e reduz o sentido da garantia”. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 547-548. Sobre o ponto, acrescenta Humberto Dalla Bernardina de Pinho que: “Pontifica-se que contraditório diferido não significa contraditório suprimido. A contraparte será informada e terá oportunidade de se manifestar após a cassação do risco de perecimento do direito. O contraditório diferido resulta de uma ponderação de interesses. Em um polo há o Princípio do Acesso à Justiça e, no outro, os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Perceba que tal figura representa um aumento de poder do juiz, pois este fará a ponderação em concreto concluindo pelo cabimento ou não da exceção. Logo, reforça-se a exigência de fundamentação”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 100.

<sup>216</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 371.

Essa oitiva é, assim, primeiramente, pressuposto de uma decisão correta. Além disso, a dignidade da pessoa exige que não se disponha sobre seu direito de maneira leviana, com base [somente] na autoridade [estatal]: o indivíduo não só deve ser o objeto da decisão do juiz, como deve ser ouvido antes de uma decisão que envolva seus direitos, a fim de poder influenciar sobre o seu resultado (BVerfGE 7, 53 [57]; 7, 275 [279])<sup>217</sup>.

Todavia, da perspectiva democrático-deliberativa do processo decorre a inexorável compreensão do princípio do contraditório não mais como simples direito à audiência bilateral, mas também como direito conferido às partes de influenciar<sup>218</sup>, mediante persuasão racional e de maneira isonômica, a formação<sup>219</sup> das decisões vinculativas do processo (exercício do *ius imperii*), e a correspondente obrigação, para o magistrado, de considerar os argumentos expostos e debatidos pelas partes quando da prolação dessas decisões.

Consoante frisado por Antonio do Passo Cabral, influenciar consubstancia, basicamente, qualquer manifestação, que, se levada em consideração, poderia motivar o agir de modo diverso dos sujeitos do processo.

Denomina-se influência qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e que, caso não existissem, poderiam, mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso<sup>220</sup>.

Deixar-se influenciar, portanto, importa não em um dever para as partes, mas sim para o magistrado, pois é evidente que aquelas, em sã consciência, são naturalmente influenciadas, isto é, têm suas atuações condicionadas pelas manifestações deste. Logo, esse suposto dever de as partes deixarem-se influenciar, na verdade, não passa de um ônus<sup>221</sup>. As partes, ao revés, têm o dever de cumprir, apenas, as determinações judiciais cogentes.

<sup>217</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. MARTIN, Leonardo (org). Tradução de: Beatriz Hennig, et. all. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, §34, p. 915.

<sup>218</sup> Também extraindo do contraditório o dever de influência: LUISO, Francesco. *Principio del contraddittorio ed eficácia della sentenza verso terzi*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 18.

<sup>219</sup> “(...) a interpretação da *regula iuris*, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. E essa constatação ainda mais se reforça pelo reconhecimento de que todo direito litigioso apresenta-se incerto de forma consubstancial”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 21 jan. 2015.

<sup>220</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 114.

<sup>221</sup> “O ônus processual consubstancia imperativo legal imposto a parte, cuja respectiva inobservância apenas gerará prejuízos à própria parte que dele não se desincumbiu. Difere do dever, que corresponde, na esfera processual, à sujeição de uma parte à contraparte e, por isso, o conseqüente desatendimento acarreta a violação de um direito desta contraparte, que, assim, poderá ser indenizada ou, eventualmente, exigir o cumprimento específico do dever inadimplido. Para Vicente Greco Filho, “ônus processual é a situação em que a prática de determinado ato leva a parte a obter determinado efeito processual ou impedir que ele ocorra. O conceito de ônus não equivale ao de dever. Dever é obrigação, a que, no outro polo da relação jurídica, corresponde um direito. O

Nesse diapasão, para os fins aqui defendidos, influenciar significa que as manifestações das partes devem ser efetivamente consideradas pelo órgão judicial, na medida em que, se assim não o fosse, estar-se-ia diante de uma simples garantia formal, incompatível, como visto, com o neoprocessualismo, com a vertente deliberativa do princípio democrático e, ainda, com o princípio da dignidade da pessoa humana, cujo valor axiológico condiciona a atuação do órgão judicial e impõe a otimização do princípio do contraditório – como propugna Alexy, princípios são mandados de otimização<sup>222</sup>.

Posto de outra forma, o contraditório como garantia de influência enseja o correspondente direito às partes de verem seus argumentos considerados<sup>223</sup>, exigindo do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas<sup>224/225</sup>.

Realmente não se pode admitir que o magistrado, fazendo ouvidos moucos, atue desconectado da dialética travada no processo, com base em argumentos sacados da cartola ou sem dignificar-se a contra-argumentar as teses apresentadas pelas partes em Juízo<sup>226</sup>.

---

descumprimento do dever ou da obrigação gera o direito oposto da prática coativa da conduta ou acarreta uma sanção, específica ou compensatória. Ônus é oportunidade de agir, prevendo a lei, no caso de omissão, determinada consequência jurídica que a parte escolhe livremente. Ao outro sujeito da relação jurídica não é dado o poder de compelir o titular do ônus de agir. Só a este cabe decidir se atua, ou não, aceitando os efeitos da ação ou omissão”. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2, p. 12.

<sup>222</sup> “(...) los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

<sup>223</sup> “Não basta, todavia, outorgar direito a influir na construção da decisão se não se prevê um correlato dever de debate acometido ao órgão jurisdicional”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=215](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215)>. Acesso em 21 jan. 2015.

<sup>224</sup> Cf. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Voce: contraddittorio (principio del)*. Enciclopedia giuridica. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988. v. 8. p. 6. Assim também BRASIL, STF, MS 24.268/MG, Pleno, j. 05.02.2004, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17.09.2004, p. 53: “Daí afirmar-se, corretamente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (*Recht auf Ausserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (cf. Piroth e Schlink, *Frundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg*, 1991, p. 363-364; ver, também, Dürig/Assman, in: *Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar*, art. 103, v. IV, n. 85-99)”. Em idêntico sentido, THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 135.

<sup>225</sup> Justamente para enfatizar isso, o art. 369 do Novo Código de Processo Civil trouxe, ao final, importante inovação: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e *influir eficazmente na convicção do juiz*” (itálico nosso).

<sup>226</sup> “(...) ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético,

Por isso, o direito de influência, tal como aqui proposto, não pode ser encarado apenas sob a perspectiva subjetiva, isto é, como influência que condiciona o psiquismo do magistrado. Esta perspectiva é insuficiente, porquanto transforma influência em sinônimo, puro e simples, de convencimento.

O direito de influência possui maior alcance: enseja ônus argumentativo para o magistrado, no sentido de não só condicionar o respectivo convencimento (viés subjetivo), como também de demonstrar, explicitamente, que levou em consideração os argumentos expendidos pelas partes, especialmente aqueles desenvolvidos pela parte eventualmente prejudicada pela decisão (viés objetivo)<sup>227/228</sup>.

A fundamentação da decisão tem de ser completa. Nesse sentido, o parâmetro a ser observado para aferição dessa completude não pode ser, como por vezes se sustenta, a simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou às suas conclusões, critério *'notevolmente ambiguo e in gran parte oscuro'*. De modo nenhum. A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer órgão jurisdicional de suas posições jurídicas<sup>229</sup>.

Assim, deverá ser cabalmente demonstrado pelo julgador, por meio de argumentação séria e completa, que levou em consideração, na decisão vinculativa, as proposições fáticas – também as correspondentes provas – e jurídicas aventadas pelas partes<sup>230</sup>.

Em suma, a decisão deverá ser devidamente fundamentada, o que, consoante ilustra Teresa Arruda Alvim Wambier, consiste na *“última manifestação do contraditório”*, na medida em que *“garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas”*<sup>231</sup>.

---

amplia o quadro de análise, constringe a comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=215](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215)>. Acesso em 21 jan. 2015.

<sup>227</sup> TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 405-414.

<sup>228</sup> “(...) passando de uma perspectiva de simples validade jurídica para uma perspectiva da união entre validade e legitimidade do direito como condição de sua eficácia e cumprimento de sua função sócio-integradora, o dever do juiz de justificar sua decisão também se altera. Passa-se de um dever de justificação interno, representado pela coerência da decisão com o sistema de direitos para um dever que ao mesmo tempo é interno e externo, este último considerado como a necessidade de legitimação procedimental-deliberativa das premissas pré-dadas à decisão, o que no caso de um equivalente jurisdicional como a mediação já é condição prévia para seu estabelecimento”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho; DURCO, Karol. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. O juiz ‘Hermes’ e a nova dimensão da função jurisdicional, p. 10-11. Disponível em: <[www.humbertodalla.pro.br](http://www.humbertodalla.pro.br)>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>229</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

<sup>230</sup> Em sentido semelhante: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 150. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 363-372.

Extrai-se disso, até mesmo intuitivamente, que o contraditório participativo, enquanto garantia de influência às partes, transmuda-se, na outra face da moeda, em dever para o magistrado<sup>232</sup>.

Supera-se, assim, a visão tradicional de que o contraditório condiciona apenas as partes<sup>233</sup>. Sob a dimensão da influência, o contraditório participativo emerge como dever para o magistrado<sup>234</sup>, a servir de norte, isto é, como parâmetro de atuação.

Nas palavras de Nicola Picardi<sup>235</sup>, o contraditório, nesse enfoque, passa a representar mais do que o instrumento de luta entre as partes; apresenta-se como instrumento de operação do magistrado. Ou, como bem colocado por Dinamarco, o juiz deve exercer a jurisdição com a colaboração das partes, em prol da boa qualidade da prestação jurisdicional<sup>236</sup>.

Dessa compreensão decorre, a seu turno, o paralelo dever imposto ao magistrado de velar pela isonomia material entre os litigantes ao longo da marcha processual (art. 125, I, do CPC)<sup>237/238</sup>.

A isonomia está em que, embora dirija processual e materialmente o processo, agindo ativamente, fá-lo de maneira diagonal, colhendo impressão das partes a

<sup>231</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 335 e 389.

<sup>232</sup> “No âmbito do processo, a dinâmica do poder abrange a prática da influência porque os sujeitos processuais, através de suas manifestações e atos no curso do processo, condicionam argumentativamente o exercício do poder do Estado. E o contraditório é o princípio que operacionaliza a abertura democrática dos procedimentos estatais, transformados em palcos dialógicos inclusivos e pluralistas”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 128.

<sup>233</sup> Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120-121: “(...) a participação em contraditório se desenvolve ‘entre as partes’, porque a disputa se passa perante elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento”.

<sup>234</sup> Candido Rangel Dinamarco enfatiza que o contraditório possui dupla destinação, pois significa, não só garantia às partes, mas “também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como aberto para as partes, desconsiderada a participação do juiz”. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I, p. 220.

<sup>235</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

<sup>236</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 90.

<sup>237</sup> Cf. FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. In: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3. Milano: Giuffrè, 1958, p. 869 e ss. Confira-se, ainda, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 162: “Nesse sentido, o contraditório também permanece ligado à igualdade, mas não à formal, e sim à substancial: a concepção dinâmica do contraditório impõe um temperamento na equidistância do magistrado, para que, com sua ampliação de poderes, estimule a efetiva participação das partes no contraditório, colaborando com o processo justo. Assim sendo, o contraditório passa a ser garantido pela igualdade de possibilidades ao autor e ao réu de influir na formação do provimento final”.

<sup>238</sup> Essa aproximação entre o contraditório e a isonomia material não passou despercebida no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15), cujo art. 7º é claro em apontar que “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”.

respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões<sup>239</sup>.

Note-se que, diversamente do que se costuma afirmar na doutrina, não parece que o contraditório seja decorrência da necessidade de se assegurar a paridade de armas. Ao revés: esta, na verdade, é que se afigura como consectário do contraditório como influência.

De fato, o dever de o magistrado deixar-se influenciar pelos argumentos das partes pressupõe, por certo, que estas, além de beneficiadas pelas mesmas oportunidades de participar do processo, sejam capazes, por si mesmas, de influenciar a dialética processual.

Desconsiderar-se essa exigência, a olhos vistos, tornaria a participação meramente fictícia e aparente<sup>240</sup>, ensejando o inevitável retorno à (combatida) concepção formalista do contraditório, encarado como simples e estática audiência bilateral<sup>241</sup>.

O magistrado deve, portanto, adotar postura dinâmica, assegurando às partes igualdade de chances e de armas no íter processual, isto é, iguais chances de influenciar e de efetivamente participar, democraticamente, da formação do ato de poder do Estado.

Com essa postura, suplantam-se desequilíbrios entre as partes, ou seus advogados, e transfere-se para o magistrado a responsabilidade por zelar pela correta distribuição de forças no processo, de molde a tutelar a imperiosa observância do princípio da paridade de armas<sup>242</sup>.

Assegurar às partes igualdade de tratamento dentro de bases éticas significa muito mais para o magistrado do que garantir igualdade formal das partes (de levantar imediatamente, mesmo na dúvida, sua eventual suspeição ou impedimento).

<sup>239</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 73.

<sup>240</sup> “Ora, se a atuação dos advogados é, por assim dizer, decisiva para o desfecho do pleito, não há desprezar a possibilidade de que a diferença qualitativa entre o serviço prestado por um deles e o prestado pelo outro redunde numa distorção de perspectiva que tem muito pouco que ver com a situação real das partes no que tange à matéria litigiosa. O litigante munido de maiores recursos, apto a contratar melhor advogado, goza desde logo de vantagem que desequilibra os pratos da famosa balança da Justiça. Nessas condições, sistema que confie plenamente no confronto de lutadores, ao jeito de competição desportiva, com suposto fundamento na ideia de que ‘as partes’ sabem cuidar melhor que ninguém dos próprios interesses – reduzido o juiz ao papel de mero ‘árbitro’ competente apenas para assegurar a observância de certas ‘regras do jogo’ –, é sistema que anui de bom grado em sacrificar as expectativas de equanimidade no altar de uma quimera”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 100.

<sup>241</sup> Em igual sentido: THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 118.

<sup>242</sup> “O quarto aspecto fundamental do contraditório participativo é a igualdade concreta. As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas, o juiz não pode ser um simples espectador indiferente do entrelhecho dos litigantes, incumbindo-lhe o dever de suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses”. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 550.

Significa procurar, no limite máximo, garantir um razoável equilíbrio de armas utilizadas pelas partes e seus advogados, de sorte a evitar que a atuação absolutamente desastrosa, sem uma base técnica minimamente razoável, de uma parte, possa levar à frustração dos fins que informam a atividade jurisdicional<sup>243</sup>.

Todavia, e sem prejuízo do exposto, não se pode aceitar do magistrado postura assistencialista<sup>244</sup>, especialmente em decorrência do elevado risco de comprometimento de sua imparcialidade.

O que se espera, sim, é a adoção de postura ativa, comprometida com a busca (possível) da verdade e, assim, com a exatidão do provimento jurisdicional de mérito e o inerente restabelecimento do harmonioso convívio social (pacificar com justiça). Dessa forma, eventual favorecimento de qualquer das partes será, quando muito, consequência mediata dessa postura ativa, cuja consequência imediata será o correto julgamento da lide<sup>245</sup>.

Assim, e em síntese, o que legitima o poder jurisdicional não é a mera e formal observância do contraditório, senão a participação real e eficaz das partes, mediante contraditório integrador e isonômico ao longo do íter processual.

#### 2.3.4. Contraditório como boa-fé

Com a costumeira precisão, Barbosa Moreira adverte que “*em todo e qualquer feito existe uma dimensão de interesse público*”<sup>246</sup>, motivo pelo qual é de todo impreciso entender-

<sup>243</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 67.

<sup>244</sup> Como parece ser a opinião de THEODORO JUNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 263, 1978, p. 47.

<sup>245</sup> Em igual sentido, embora tratando especificamente da iniciativa probatória do magistrado, MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La igualdad de las partes em el proceso civil*. In: *Temas de Derecho Processual*, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 77: “*La iniciativa oficial em la actividad de instrucción – a la que ya hicimos referencia – no constituye de por sí una manifestación auténtica del ejercicio de dicha ‘función asistencial’: cuando el órgano judicial actúa para establecer la verdad sobre los hechos relevantes, alegados por las partes o susceptibles de consideración ex officio, simplemente busca adquirir conocimientos que le permitan resolver correctamente las cuestiones facti (y, en consecuencia, fallar con justicia) – lo cual no tiene cabida únicamente allí donde se plantee in concreto el problema de la desigualdad. Pero es obvio que la actividad ex officio del juez en esta materia puede indirectamente servir a la corrección de desequilibrios debidos a la escasa diligencia del apoderado de una parte. Debe quedar en claro, sin embargo, que no se trata aquí de una actividad ‘substitutiva’, con la cual el órgano judicial asumiría el papel – que le es evidentemente extraño – de abogado. El juez no investiga por el litigante ni para el litigante, sino por sí mismo y para el proceso, y éso no lo cambia para nada la circunstancia de que el resultado de su actuación puede ocasionar un beneficio a la parte más veraz*”.

<sup>246</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. In: *Temas de Derecho Processual*, Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

se o processo como coisa exclusivamente das partes, ou, como proposto por Carnelutti, um jogo privado<sup>247</sup>.

Essa assertiva revela-se compreensível, na medida em que as decisões proferidas no microcosmo das demandas individuais podem – e, via de regra, isso acontece – espriar efeitos sobre a esfera jurídica de terceiros, seja por força dos efeitos naturais da sentença, seja em decorrência da existência de relações jurídicas conexas à deduzida em juízo, seja, ainda, por virem a se somar a outras em igual sentido, formando jurisprudência.

Não só por isso, entretanto.

Como visto no pertinente capítulo, o processo, enquanto instrumento do acesso à justiça, consubstancia verdadeiro direito fundamental, integrante mesmo do núcleo duro da dignidade da pessoa humana, pois indispensável a se conferir efetividade aos demais direitos outorgados pelo ordenamento jurídico<sup>248</sup>.

Ademais, e também como exposto, por reflexo do princípio democrático, o processo é transformado em arena pública de debate<sup>249</sup>, com viés pluralista, na qual se assegura às partes, no processo de criação do Direito, a realização de diálogo humano<sup>250</sup>, livre, igual e, em última medida, justo.

Sob essas premissas, não se pode permitir que o processo se transforme em terra de ninguém, sujeita a toda a sorte de estratagemas, artifícios e, até mesmo, coações, que prestigiem a assimetria entre as partes e coloquem em xeque a própria efetividade do provimento jurisdicional, deixando-o, assim, inteiramente sujeito à disponibilidade particular,

---

<sup>247</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1941, p. 96. Em igual sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Ayres: EJE, 1972, p. 122.

<sup>248</sup> Cf. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In: DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo- Panorama Doutrinário Mundial*. Segunda Série. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 353. GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 369. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 208.

<sup>249</sup> “A esfera pública constitui principalmente uma ‘estrutura comunicacional’ do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o ‘espaço social’ gerado no agir comunicativo, não com as ‘funções’ nem com o ‘conteúdo’ da comunicação cotidiana”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de: Flavio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, p. 92.

<sup>250</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 554.

no melhor estilo ‘que vença melhor’<sup>251</sup>, e refletindo visão individualista e amesquinhadora da Justiça<sup>252</sup>.

Realmente, o princípio dispositivo não representa passe livre para a atuação abusiva, ímproba e desleal dos litigantes; a atuação ética, consoante aponta Comoglio, é indispensável à aceitação social do resultado do processo e à arraigada compreensão deste como premissa de acessibilidade à ordem jurídica justa<sup>253</sup>.

Exige-se, destarte, que, além de possuir regras claras e preestabelecidas – indispensáveis a se conferir previsibilidade e segurança às partes –, com a estrita observância das garantias constitucionais do processo e dos valores albergados pela Carta Constitucional, o processo seja um espaço ético<sup>254</sup>.

Em outros termos, o processo não pode estar infenso a padrões éticos de conduta<sup>255</sup> e, conseqüentemente, os sujeitos do processo, todos eles<sup>256</sup>, devem agir imbuídos de boa-fé e pautados por comportamento ético<sup>257</sup>.

Sobre o ponto, é importante frisar que a boa-fé é fruto de longo, antigo e sólido desenvolvimento teórico<sup>258/259</sup>.

<sup>251</sup> “O processo não pode ser a sede da anomia moral, um lugar para a guerra, a disputa desleal e desregrada, a inimizade, todas próprias do formato bilateral e egoísta do ‘processo como jogo’. Preza-se, ao contrário, a solidariedade, sem que a vitória tenha que prevalecer a qualquer preço”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 219.

<sup>252</sup> Justamente por isso, determina o art. 5º do Novo Código de Processo Civil que: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

<sup>253</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie e “giusto processo”*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 90, abr. / jun. 1998, p. 105.

<sup>254</sup> Em igual sentido: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 177.

<sup>255</sup> “Sob este enfoque o tema do comportamento ético dos personagens do processo coloca-se em posição de destaque. Isto por uma razão muito simples: se o processo é composto de pessoas, não só aquelas que formam a relação jurídica processual, mas, também, de tantas outras que contribuem para o seu desenvolvimento, é evidente que o comportamento, o modo que elas atuam será absolutamente fundamental. Em outras palavras, de nada valerá qualquer tipo de reforma processual, a criação de qualquer instituto mágico, se os personagens do processo não direcionarem as suas atividades para os fins almejados, pois, como afirmava Platão, ‘não pode haver justiça sem homens justos’”. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2001, v. 358, p. 349-350, nov./dez. 2001.

<sup>256</sup> Finalmente, do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prôt-a-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, p. 56-68, abr. 2011, p. 59-60.

<sup>257</sup> Esse dever, evidentemente, é extensível aos advogados das partes. Em igual sentido CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69: “O advogado também é responsável, cabendo-lhe indagar quais os objetivos de seus clientes e os fins que eles pretendem alcançar com o processo, para avaliar se, do ponto de vista ético, deve ou não aceitar a defesa. Não se concebe que o advogado possa, a pedido de um cliente, utilizar o processo para alcançar objetivos que contrariem a lei (...)”.

<sup>258</sup> Cf. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

<sup>259</sup> No direito brasileiro, pode-se dizer que teve como fonte a *bona fides* romana, que se reportava aos ideais da

Consoante aponta Teresa Negreiros, a ideia de observância de conduta leal e confiável, substrato da boa-fé, integra a essência do Direito em sua dupla função de viabilizar a justiça e a segurança das relações intersubjetivas. Direito e boa-fé, portanto, autoimplicam-se<sup>260</sup>; e, agora, sob os auspícios do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, a boa-fé renova-se como importante ferramenta de realização do Direito<sup>261</sup>.

De fato, nesse ambiente de reaproximação entre direito e moral, a boa-fé funciona como a janela aberta ao mundo das valorações sociais<sup>262</sup>, por meio da qual ingressam no universo jurídico valores como honestidade, lealdade e confiança<sup>263</sup>. A noção de boa-fé, portanto, tem profundo sentido moral<sup>264</sup> e inafastável conteúdo ético<sup>265/266</sup>, que influenciam cada vez mais a aplicação do Direito.

Nesse sentido, Karl Larenz destaca a importância da boa-fé para a edificação de uma ordem jurídica justa<sup>267</sup>. Para ele, a boa-fé, elevada mesmo a princípio, traz ínsito componente ético-jurídico fundamental e reforça a ideia de que a confiança gerada na outra parte deve ser honrada.

Ainda para o autor, a boa-fé exige especial respeito nas relações jurídicas de trato

*fides*, noção ética e moral. Nesse sentido: COSTA, Alvaro Ferreira. *O princípio geral da boa-fé*. Ceará: Editora Instituto do Ceará, 1951, p. 9-11; AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 436-437; DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Suppressio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 7-8. Defendendo a origem não só romana, mas também germânica e canônica: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000, p. 110-133.

<sup>260</sup> NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 1-2.

<sup>261</sup> “De fato, o ressurgir da ideia de boa-fé, exatamente porque tão ligada esta noção às profundezas da investigação filosófico-metodológica acerca do Direito, vem pondo em evidência questões que, embora de forma alguma recentes na história da reflexão jurídica, se mostram renovadas, quer pela atual proliferação de remissões legislativas ao princípio, quer pelos reflexos assim produzidos nos campos jurisprudencial e doutrinário. Referimo-nos especificamente à problemática relacionada à aplicação-realização do Direito e, sob esta ideia geral, à reflexão acerca da eficácia normativa dos princípios – como tal categoriza a boa-fé. Nesta linha, identifica-se na boa-fé uma expressão da pós-modernidade no Direito, o que, independentemente do sentido aqui emprestado ao adjetivo “pós-moderno”, revela a extensão inovadora atribuída ao princípio”. NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 5-6.

<sup>262</sup> BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Tradução de: José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969-1970, p. 70-71.

<sup>263</sup> DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. *Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 250.

<sup>264</sup> ATIENZA, Dalmiro A. Alsina. *Efectos jurídicos de la buena fe*. Buenos Aires: Tall. gráf. L. J. Rosso, 1935, p. 2.

<sup>265</sup> Nesse sentido: PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de La Buena Fe en el derecho administrativo, quinta edición*. Madrid: Thomson-Civitas, 2009, p. 21-25; e LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Fundamentos de etica juridica. Madrid: Civitas, 1985, p. 95-96.

<sup>266</sup> Franz Wieacker, ao definir esse conteúdo ético, destaca que não se trata de uma ética material-normativa, de validade universal e caráter atemporal, mas sim uma ética prática e jurídica, pois sujeita a uma variabilidade histórica de critérios e construída pelo trabalho dos juristas, em especial pela jurisprudência. WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de: José Luis Carro y pról. Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1977, p. 34-47.

<sup>267</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Fundamentos de etica juridica. Madrid: Civitas, 1985, p. 31-32.

sucessivo, que ensejam interdependência entre os sujeitos e requerem, inevitavelmente, continuada relação de colaboração<sup>268</sup>, tal como se passa com a relação processual.

Na Espanha, por exemplo, a boa-fé consubstancia princípio geral do direito e, como tal, apresenta duas características fundamentais: informa a interpretação de todo o ordenamento jurídico, e, por conter mandamento de atuação segundo padrões de boa-fé, possui caráter supletivo, devendo os Tribunais, na ausência de uma norma especial, aplicar o princípio diretamente na solução de litígios<sup>269</sup>. No campo processual, ademais, encontra apoio, ainda que implícito, no art. 118 da Constituição, que estatui o dever de colaboração das partes<sup>270</sup>.

Na Alemanha, a boa-fé também tem *status* de princípio e encontra-se positivada no § 138 do Código de Processo Civil<sup>271</sup> (ZPO), que trata do dever de lealdade, sinceridade e confiança, considerado no sentido objetivo de conduta, ou seja, no sentido de boa-fé objetiva<sup>272</sup>.

Na Itália, em lição voltada ao direito das obrigações, mas de todo extensível ao direito processual<sup>273</sup>, Emilio Betti aponta a cooperação como elemento fundamental e, por conseguinte, utiliza a boa-fé como parâmetro de consideração do interesse alheio, jogando luzes sobre a relação entre boa-fé e cooperação, tema que será desenvolvido em tópico próprio mais à frente<sup>274</sup>. Note-se, ainda, que o Código de Processo Civil italiano parece assegurar o dever de boa-fé objetiva no art. 88<sup>275</sup>.

<sup>268</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Fundamentos de etica juridica. Madrid: Civitas, 1985, p. 95-96.

<sup>269</sup> MOZOS, Jose Luis de los. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones practicas en el derecho civil espanhol*. Barcelona: Bosch, 1965, p. 37-38; e PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo*. 5. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2009, p. 97.

<sup>270</sup> ESPANHA, Constituição. “Artículo 118. Es obligado cumplir las sentencias y demás resolucillnes firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. Disponível em: <[http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229)>. Acesso em 06 fev. 2015.

<sup>271</sup> ALEMANHA, CPC. § 138: “(1) The parties are to make their declarations as to the facts and circumstances fully and completely and are obligated to tell the truth. (2) Each party is to react in substance to the facts alleged by the opponent. (3) Facts that are not expressly disputed are to be deemed as having been acknowledged unless the intention to dispute them is evident from the other declarations made by the party. (4) A party may declare its lack of knowledge only where this concerns facts that were neither actions taken by the party itself, nor within its ken”. Disponível em: <<http://direitoalemao.com/leis>>. Acesso em 06. fev.2015.

<sup>272</sup> Sobre a boa-fé no direito alemão, confira-se: BARRETO, Wanderlei de Paula. O princípio da boa-fé na experiência alemã. In: *Revista Autônoma de Direito Privado*. Curitiba: Juruá, n. 02, 2007, p. 53-69.

<sup>273</sup> Sobre essa proximidade dogmática entre a colaboração no processo civil e no direito material, SILVA, Clovis do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 111-121; e MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, t. 1, 2005, p. 27-60.

<sup>274</sup> BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Tradução de: José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969-1970.

<sup>275</sup> ITÁLIA, CPC, Art. 88: “Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità. In caso di mancanza dei difensori a tale dovere, il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi”. Disponível em: <<http://www.altalex.com/?idnot=33723>>. Acesso em 06 fev. 2015

A despeito disso, se em alguns países a boa-fé é extraída da legislação infraconstitucional, no Brasil a situação não é a mesma, notadamente porque se pode extrair da Constituição da República diversos enunciados normativos capazes de dar substrato constitucional à boa-fé, seja no campo privado, seja na seara do direito público.

A demonstrar isso está a constatação de que a doutrina civilista brasileira busca fundamento para a boa-fé, ora no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>276</sup> (art. 1º, III, da CRFB), ora no da solidariedade social<sup>277</sup> (art. 3º, I, da CRFB), conforme pretendam lançar luzes, respectivamente, sobre aspectos ligados à justiça ou à cooperação social.

No direito público, em especial nos ramos administrativo e tributário, o enfoque que recebe primazia é o da proteção da confiança legítima, no qual a boa-fé é tratada como subprincípio da segurança jurídica (na vertente subjetiva), que é comumente extraída da cláusula do Estado de Direito<sup>278</sup> (art. 1º, *caput*, da CRFB), necessária a se resguardar direitos dos administrados e contribuintes em face da Administração.

Nesse cenário de profusão normativa, poder-se-ia pensar na utilização mesmo da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e até da segurança jurídica como forma de estender-se, para o ramo processual, os qualificativos que circundam a boa-fé.

Contudo, além de desnecessário – até mesmo porque plenamente possível e preferível, por sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, extrair-se o dever de boa-fé da

<sup>276</sup> Nesse sentido se manifesta Maria Celina Bodin de Moraes, prefácio a NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, Rio de Janeiro: Renovar, 1998. Contra, negando que a boa-fé possa se fundamentar na dignidade da pessoa humana, por abarcar também relações jurídicas eminentemente patrimoniais e ser aplicável inclusive a pessoas jurídicas, ver: NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p.161-178, jul./set. 2000.

<sup>277</sup> SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório, Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 107; e AMARAL JUNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas constitucionais nas relações de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. VI, p. 32, abr./jun. 1993.

<sup>278</sup> COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (9.784/99). In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado - RDE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 2, abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 30 jan. 2015; ÁVILA, Humberto. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan./2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 30 jan. 2015. Essa é, também, a visão externada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 598.099, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, e, ainda, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem: “Princípios fundamentais são os que vêm expressos, explícita ou implicitamente, no Título I da Constituição (arts. 1º a 4º), destacando-se, para o Direito Administrativo, seis deles: segurança jurídica, o republicano, o democrático, o da cidadania, o da dignidade humana e da participação. (...) Trata-se, portanto, a segurança jurídica, de um megaprincípio do Direito, o cimento as civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa o princípio a confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público e a teoria da evidência, como adiante expostos”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 78-79.

garantia constitucional do devido processo legal –, se assim se fizesse, poder-se-ia ensejar sua equivocada compreensão como simples contraposição à litigância de má-fé, tal como retratado no art. 14 do Código de Processo e, portanto, já incorporado ao ordenamento jurídico.

Não é isso, entretanto, o que se propõe aqui, haja vista que essa perspectiva redundaria em uma aplicação limitada da boa-fé, com inaceitável redução da abrangência que o respectivo conteúdo axiológico representa, como visto, para o Direito.

Sob o viés neoprocessualista, a boa-fé, para além da repressão a condutas desleais (vertente negativa), deve ser encarada como um dever de diálogo intersubjetivo comprometido e leal<sup>279</sup>, a ser travado no seio do processo entre as partes e entre estas e o magistrado – verdadeiro *debido proceso leal*<sup>280</sup> –, visando à construção da decisão judicial, que, sem observar essas premissas, jamais poderá ser rotulada de justa (vertente positiva)<sup>281</sup>.

(...) o processo para ser devido (*giusto*, como dizem os italianos, equitativo, como dizem os portugueses) precisa ser ético e leal. Não se poderia aceitar como justo um processo pautado em comportamentos desleais e antiéticos<sup>282</sup>.

Naturalmente, o direito processual, estruturado sob um arquétipo dialético, pressupõe a existência de instrumentos operativos<sup>283</sup> e a cooperação entre os sujeitos processuais.

Compreendido isso, o dever de boa-fé, na vertente positiva, passa a ter estreita sintonia

<sup>279</sup> “A ideia de lealdade processual traz ínsita a vedação à litigância de má-fé. Como consequência, será imposta uma multa calculada sobre o valor da causa. A cooperação, quer nos parecer, traz uma ideia maior; ou seja, não basta praticar o ato de má-fé ou de improbidade processual. É preciso ter um atuar construtivo, agir no intuito de promover um processo justo. Quanto ao juiz, é preciso atentar para a evolução de seu papel, ao longo das dimensões assumidas pelo Estado, desde a fase liberal, passando pela social, até chegar ao atual Estado Democrático de Direito. Num modelo de justiça adequado à contemporaneidade, na visão de François Ost, o juiz deve adotar uma postura de intermediação, facilitando a comunicação, o diálogo entre as partes, que devem se utilizar do processo para interagir e buscar uma solução justa para o conflito. A proposta de solução do Estado Democrático de Direito é pela busca de uma efetiva participação dos envolvidos na realização dos fins estatais. Essa proposta representa para o sistema de pacificação dos conflitos a necessidade de interação entre as partes que compõem a relação processual no âmbito da jurisdição, além da adoção de métodos não jurisdicionais de solução das lides”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 117.

<sup>280</sup> JUNOY, Joan Picó i. *El debido proceso “leal” – Reflexiones em torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal*. In: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Palestra, 2006, v. IX, p. 331.

<sup>281</sup> Em sentido semelhante, TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 471. Cf, ainda, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 238: “Como relação humana, o processo depende da sustentabilidade desta relação com bases éticas. Assim, o fundamento do contraditório-influência não é apenas utilitário, de fornecer meios ao juiz decidir; tem sobretudo um fundamento moral, pois infunde o solidarismo ao processo através da franqueza dialógica”.

<sup>282</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 1, p. 78.

<sup>283</sup> Paulo Cezar Pinheiro Carneiro elenca, dentre os princípios que norteiam o acesso à Justiça, o da operosidade, segundo o qual “as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à Justiça”. Esse princípio, no plano subjetivo, exige comportamento ético das partes. No plano objetivo, a correta utilização dos instrumentos processuais. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 54 e ss.

com o diálogo humano<sup>284</sup> e a comunidade de trabalho<sup>285</sup> que deve ser implementado no seio do processo e, *pari passu*, eleva-se como dever, imposto às partes e ao magistrado<sup>286/287</sup>, decorrente do princípio vetor do contraditório, instrumento, por excelência, da dialética processual e que, como direito fundamental que é, goza de uma dimensão objetiva, a qual enseja sua interpretação, aplicação e fomento pelo Estado como vetor axiológico. Daí porque, a propósito, não soar exótico extrair-se, dessa garantia, um dever para os sujeitos do processo<sup>288</sup>.

Contraditório participativo e boa-fé implicam-se mutuamente, revelando-se indissociáveis, na medida em que o exercício daquele não pode perder de vista as exigências impostas por esta.

Nesse diapasão, provém do contraditório participativo a exigência imposta aos sujeitos processuais de observância de comportamentos que respeitem os *standards* de conduta social, de sorte a proteger-se os “*interesses do alter, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que legitimamente é esperado de cada parte*”<sup>289</sup>.

Com a referência a *standards* de conduta intencionou-se enfatizar, desde logo, que a boa-fé, por assim dizer cooperativa, que se deve exigir dos sujeitos processuais é aquela objetivamente considerada<sup>290</sup>.

---

<sup>284</sup> GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556. Cf, ainda, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 238: “Como relação humana, o processo depende da sustentabilidade desta relação com bases éticas. Assim, o fundamento do contraditório-influência não é apenas utilitário, de fornecer meios ao juiz decidir; tem sobretudo um fundamento moral, pois infunde o solidarismo ao processo através da franqueza dialógica”.

<sup>285</sup> Expressão atribuída a Leo Rosenberg. Cf, por todos, FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: Conceitos e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed, 2006, p. 206.

<sup>286</sup> “A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é boa-fé objetiva, que se ajunta à subjetiva para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la. Essa dupla posição do juiz (paritária no diálogo, assimétrica na decisão) e o reforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o formalismo processual”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

<sup>287</sup> É do dever de observância da boa-fé objetiva que se vedam as chamadas decisões de terceira via, pelas quais o magistrado, frustrando as expectativas das partes, utiliza como fundamento para a decisão matéria não debatida nos autos. A matéria será abordada no capítulo seguinte.

<sup>288</sup> Em igual sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 221

<sup>289</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 241.

<sup>290</sup> Reconhecendo a aplicação da boa-fé objetiva no processo civil, cf. RIBEIRO, Darci Guimarães. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento das partes em juízo. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: s/ed, 2004, n. 95, p.71-87; e MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre s/ed, 2005, n. 97, p. 156.

Note-se, por relevante, que a boa-fé apresenta dupla feição: subjetiva e objetiva<sup>291</sup>.

No primeiro sentido, de viés subjetivo, tem-se a chamada boa-fé psicológica, ou a crença de que se procede com lealdade, com certeza da existência do próprio direito e da licitude do ato ou da situação jurídica<sup>292</sup>. Aqui, a boa-fé surge como estado de consciência e confere maior relevância não às expectativas do outro indivíduo, mas sim ao próprio estado psicológico do agente, com todas as dificuldades operativas que a comprovação desse estado impõe.

No segundo sentido, de natureza objetiva, a boa-fé significa a consideração pelo agente dos interesses alheios, ou a imposição de consideração por parte do agente dos legítimos interesses da outra parte em uma relação jurídica, isto é, em uma lógica de atuação leal, proba, honesta, traduzindo o dever de lisura e correção, em conformidade com padrão esperado de conduta social<sup>293</sup>.

Dito de outra forma, enquanto na boa-fé objetiva basta a prova das eventuais ações ou inações perpetradas e a posterior valoração se essas destoam, ou não, dos padrões éticos, leais e probos de conduta existentes na sociedade, sob a dinâmica da boa-fé subjetiva deverá ser colhido conjunto fático-probatório tendente a demonstrar que existia estado de consciência sobre a ilicitude da ação ou omissão.

Exposto isso, constata-se que a boa-fé objetiva, enquanto responsável pela tutela objetiva da confiança, melhor se adequa ao dever decorrente do princípio do contraditório, porquanto voltada à observância de parâmetros de comportamento e cooperação projetado pelos sujeitos processuais (partes e magistrado). Ademais, e consoante bem frisado por Marco Antonio dos Santos Rodrigues, a prova do intuito do agente, inerente à boa-fé subjetiva, “*é de difícilíssima verificação, especialmente no caso das omissões, o que retira a efetividade dessa exigência na relação processual*”<sup>294</sup>.

Daniel Mitidiero<sup>295</sup>, fazendo referência a Fredie Didier, afirma que a força normativa da boa-fé no processo civil, no seu aspecto objetivo, pode ser sentida a partir de quatro grupo

<sup>291</sup> “Em primeiro lugar, importa registrar que a boa-fé apresenta dupla faceta, a objetiva e a subjetiva. Esta última – vigorante, v.g., em matéria de direitos reais e casamento putativo – corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando o convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito. Já a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal”. REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 21, jul./set. 2003, p. 12.

<sup>292</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 435-436.

<sup>293</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 435-436.

<sup>294</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 176.

<sup>295</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 107.

de casos: a) a proibição de criar dolosamente posições processuais; b) a proibição do *venire contra factum proprium*; c) a proibição de abuso de poderes processuais e d) a *supressio*<sup>296</sup>, consistente na perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para inculcar no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não será mais exercido.

Verifica-se, daí, que a boa-fé objetiva, para além da aplicação de sanções, possui outras três funções no sistema jurídico, a saber: interpretativa, criadora de deveres acessórios e restritiva de direitos<sup>297</sup>.

Entende-se, assim, que sob o viés objetivo, a boa-fé atinge o seu nível mais pleno de promoção do contraditório participativo, impedindo condutas que, sob o viés exclusivo da boa-fé subjetiva, dificilmente seriam repreendidas.

### 2.3.5. Contraditório como cooperação

A quarta dimensão do contraditório decorre, até mesmo por indução, das três outras dimensões propostas nos capítulos anteriores. Isto é, a cooperação é a dimensão-síntese do contraditório, que, direta ou indiretamente, remete às dimensões anteriores.

De fato, e como visto, o contraditório participativo, ao lado de assegurar direitos, impõe deveres, tanto às partes, quanto ao magistrado.

Às partes, resguarda-se o direito de participar na formação do ato de vontade estatal, mediante a possibilidade de influir eficazmente no convencimento do magistrado. Em contrapartida, exige-se que se portem de maneira ética, em sintonia com *standards* de conduta social objetivamente considerados, evitando-se, com isso, o amesquinamento da função jurisdicional.

---

<sup>296</sup> Embora a aplicação da *supressio* ao processo civil seja tema interessante e permeado de controvérsias, ele extrapola o escopo do presente trabalho, motivo pelo qual, para aprofundamento, remete-se a: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Multa Coercitiva: Boa-fé processual e Supressio: Aplicação do Duty to mitigate the Loss no Processo Civil*. In: *Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v. 1, n. 32, p. 32-42, 2004.

<sup>297</sup> SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório, Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 86.

Ao magistrado, agora inserido no contraditório, assegura-se o poder-dever de adotar postura ativa na construção de diálogo humano, horizontal, flexível<sup>298</sup> e desburocratizado, com vistas à justa composição da lide e à tutela da isonomia substancial entre os litigantes (paridade de armas).

Colocando-se de outra forma, exige o contraditório participativo que o magistrado dispa-se da postura hierárquica, para atuar em coordenação com as partes, deixando-se influenciar pelas respectivas manifestações e zelando para que o processo se transforme em uma efetiva arena pública, na qual seja assegurado o debate isonômico e de boa-fé, indispensável a alcançar-se uma decisão justa<sup>299</sup>.

Nesse cenário, em que todos os sujeitos processuais passam a ter responsabilidade pela direção material do processo<sup>300</sup>, extrai-se do contraditório o inexorável dever de colaboração desses sujeitos para o adequado desenrolar do litígio.

Note-se que, para Mitidiero<sup>301</sup>, Didier Junior<sup>302</sup> e Alvaro de Oliveira<sup>303</sup>, entre outros já citados neste trabalho<sup>304</sup>, a colaboração consubstancia verdadeiro princípio constitucional<sup>305</sup>,

---

<sup>298</sup> Como bem ponderado por Leonardo Greco, “(...) o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência”. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 265. Em igual sentido: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

<sup>299</sup> Como argutamente observado por Calamandrei: “Certos juízes, ligados à tradição, crêem que, para melhor conservarem a sua dignidade e a sua autoridade defronte dos advogados, seja indispensável assumirem na sua função uma impassível solenidade de ídolos: colocando entre si e os defensores um diafragma de incompreensão e de fatuidade; mas que ‘por sorte’ são na Itália cada vez mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm a coragem de romper esta barreira de desconfiança e de tomar parte ativa no debate, sem terem medo de cortar ao meio a alegação do defensor para lhe propor quesitos e objeções e para o trazerem à discussão as questões essenciais da causa. Estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua função; os advogados deveriam estar particularmente gratos a estes juízes que ousam romper a regra monástica do seu silêncio para transformarem a audiência, de inútil solilóquio de um retórico em face de uma assembleia de sonolentos, num diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, compreender-se e convencer-se. Importa ainda aqui, para que as instituições judiciárias correspondam às exigências de uma sociedade de homens livres, que seja abolido o seu tradicional caráter secreto, e deixar que também no processo circule entre magistrados e advogados este sentido de confiança, de solidariedade e de humanidade que é em todos os campos o espírito animador da democracia”. CALAMANDREI, Piero. *apud* VAZ, Alexandre Mario Pessoa. *Poderes e deveres do Juiz na conciliação judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, v. 1, tomo I, p. 514.

<sup>300</sup> Ao se sustentar que o juiz também passa a ter direção material do processo, quer-se aludir, em sintonia com que é proposto por Mauro Cappelletti, ao fato de que o juiz, além dos poderes de direção formal, vem a assumir também poderes atinentes ao objeto deduzido em juízo, à matéria do processo. Não se chega à conclusão extrema de desvincular o juiz do poder dispositivo e exclusivo das partes em matéria de ação e de exceção; porém, se atribui, sem embargo, ao juiz um poder de intervenção, de solicitação e de estímulo. CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Ayres: “EJEA”, 1972, p. 125.

<sup>301</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>302</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

<sup>303</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/sis\_artigos/artigos.asp?codigo=215>. Acesso em 21 jan. 2015.

do qual se extrai novo modelo de processo civil, distinto dos clássicos modelos adversarial e inquisitorial<sup>306</sup>, próprios das famílias anglo-saxônicas e romano-germânicas, respectivamente<sup>307</sup>.

Nesse proposto modelo colaborativo, nem se extrai da imparcialidade a necessidade de adoção de postura passiva pelo magistrado (própria do modelo adversarial), nem se recomenda posição de primazia do juiz na relação jurídica processual (própria do modelo inquisitorial). Ao revés: lastreia-se o modelo colaborativo em uma dupla vertente, na medida em que estabelece direitos e deveres para as partes e especialmente para o juiz, que, sobretudo, é incluído como sujeito do contraditório.

Assim, enquanto no modelo inquisitorial são conferidos vastos poderes ao magistrado, que desempenha o papel de protagonista na direção formal e material do processo, relegando às partes o papel de meros coadjuvantes, e no modelo adversarial o processo é primordialmente conduzido pelas partes, com ampla prevalência do princípio dispositivo; no modelo cooperativo, a condução do processo se dá sem protagonismos, quer das partes, quer do juiz.

A ideia central desse modelo consiste, portanto, na criação de uma comunidade de trabalho, capaz de albergar magistrado atuante, permeável a argumentos e zeloso para com a isonomia material, bem como partes igualmente ativas, efetivas partícipes da formação do ato de vontade estatal (decisão judicial).

Aponta Eduardo Grasso, assim, que, diferentemente da tradicional visão triangular, a relação processual, nesse novo modelo, passa a ser representada por uma perspectiva de linhas paralelas, inserindo-se o magistrado no mesmo plano das partes<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> Em igual sentido, também entendendo que existe um princípio da cooperação: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 116; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; e GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. In: Revista di Diritto processuale. Padova, v. XXI, 1966, p. 584.

<sup>305</sup> Cf, por todos, em defesa da natureza principiológica da cooperação, MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 194, p.56-68, abr. 2011, p. 61.

<sup>306</sup> Embora sob a ótica do ordenamento processual português, Mariana França Gouveia também defende a existência de um princípio cooperativo, do qual se extrai novo modelo de processo. GOUVEIA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na ação declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. In: *Revista Julgar*. Coimbra, n. 01, jan/abr. 2007. Ainda sob a ótica do ordenamento português, porém defendendo posição contrária, confira-se: MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura do processo civil português. In: AROCA, Juan Montero (coord). *Proceso civil y ideologia: um prefacio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 429-430.

<sup>307</sup> Oportuno, aqui, reproduzir o alerta feito por José Carlos Barbosa Moreira ao tratar desses dois modelos clássicos de processo: “à evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual ‘quimicamente puro’: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de Direito Processual*, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41.

Nesse passo, segundo Fredie Didier, o princípio da cooperação “*orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras*”<sup>309</sup>.

Em decorrência disso, pelo princípio da cooperação, estar-se-ia a estabelecer uma mudança de perspectiva quanto à divisão de tarefas entre o juiz e as partes, na qual o magistrado, na condução do processo, adotaria postura paritária e, no momento do julgar, assimétrica, oportunidade na qual seria propriamente manifestado um ato de poder.

Lênio Streck, contudo, recusa categoricamente a existência de um princípio que imponha a colaboração, taxando mesmo de inconstitucional a obrigação de as partes cooperarem “entre si” – tal como proposto na redação original do art. 5º do Projeto de NCPC<sup>310</sup> e confirmado no art. 6º do NCPC –, somente admitindo o dever de cooperação do juiz frente às partes, mas, mesmo assim, criticando esse *nomen iuris*, que, segundo ele, não refletiria o dever constitucional do magistrado de prestar adequadamente a jurisdição<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> “*In questo quadro, che ha soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei ter soggetti, nell’intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (unus actus) che penetra nella matéria alla ricerca della verità*”. GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. In: *Revista di Diritto processuale*. Padova, v. XXI, 1966, p. 609.

<sup>309</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 76.

<sup>310</sup> Versão inicial do Projeto de NCPC, art. 5º: “As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”. Na versão final, constante do NCPC (Lei n. 13.105/15), a matéria restou tratada no art. 6º, *in verbis*: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

<sup>311</sup> “Feito o introito, cabe indagar: *o que é isto — a cooperação processual?* Estando a resposta no arranjo previsto no novo CPC, o que se pode dizer, com segurança, é que se trata de algo que não se encaixa bem com o que diz a Constituição e sua principiologia. Insistimos, de pronto: cooperação não é princípio (...). Então, agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social. Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da ‘natureza humana’. Freud também. O novo CPC aposta em Rousseau. No homem bom. Ou seja, com um canetaço, num passe de mágica, desaparece o hiato que as separa justamente em razão do litígio (...) E ainda mais: a legislação projetada institui espécie de *álibi normativo* cujo manejo avalizará a invasão da moral no direito, passaporte para o absolutismo e seu *princípio epocal* revelado pela *vontade de poder*. Escudado na cooperação, terá o juiz condições de atuar solapando (ou relativizando) a ampla defesa das partes (CF-88, artigo 5º, LV), em interferência na liberdade que possuem, elas e seus advogados, para elegerem as linhas de argumentação narrativa e estratégica que melhor atendam aos seus interesses (...) Uma *comunidade de trabalho* com a finalidade de regulamentar o diálogo entre juiz e partes é algo bem diferente de inserir a todos num mesmo patamar, como se o primeiro exercesse juntamente com as últimas o contraditório, debatendo teses, argumentando e rebatendo argumentos, levando fatos (ou obrigando as partes a levá-los) para o processo, produzindo provas e contraprovas. Algo também bem diferente que *confiar às partes deveres de cooperar entre si (sic)* e de instituir em favor do juiz poderes para obrigá-las, contra vontade delas, a atuar cooperativamente. Sim, corremos esse risco. Este é o busfílis da questão. É um modelo que não deve ser pensado à distância da realidade, sem considerar que no processo há verdadeiro *embate (luta, confronto, enfrentamento)*, razão pela qual as partes e seus advogados valem-se – e assim deve ser – de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um fim parcial. Não é crível (nem constitucional), enfim, atribuir aos contraditores o dever de colaborarem entre si a fim de perseguirem uma “verdade superior”, mesmo que contrária aquilo que acreditam e postulam em juízo, sob pena de privá-los da sua necessária liberdade para litigar, transformando-os, eles mesmos e seus advogados, em meros instrumentos a serviço do juiz na busca da

Em resposta à crítica, Mitidiero tornou a sustentar que, para além de um modelo, a cooperação reveste-se de natureza principiológica, notadamente porque impõe a observância de um estado de coisas que tem de ser promovido no seio do processo, inerentes ao Estado Democrático de Direito<sup>312</sup>.

Prosseguindo na defesa, afirma, entretanto, que “a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes”, pois “as partes não querem colaborar”. Sob essa premissa, arremata que: “a colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes”, e, agora em sintonia com Lênio Streck, critica a redação originária do art. 5º do NCPC, ao estabelecer o dever de cooperação das partes “entre si”<sup>313</sup>.

Em que pesem as extremidades defendidas por ambas as correntes doutrinárias, entende-se que, nem tanto ao céu, nem tanto à terra.

Concorda-se, de certa forma, com Mitidiero quando defende a natureza principiológica da cooperação e, portanto, discorda-se de Streck neste ponto. Contudo, concorda-se com este no momento em que afirma a possibilidade de se admitir, sob certas condicionantes, o dever de cooperação das partes “entre si” – ainda que, aos olhos do autor, seja esse um dever “fraco” ou “oblíquo” –, e, *incontinenti*, diverge-se de Mitidiero, que textualmente a veda.

---

tão almejada “justiça (...) Ora, somente por *boa delimitação* valeria falar em cooperação *das* e *entre* as partes: se fosse tomada em um sentido “fraco” (da legalidade e dos *standards* profissionais) e/ou “oblíquo”, quando a diferenciação funcional no processo, respeitada em suas especificidades, transcende no resultado final os papéis concretos dos sujeitos”. STRECK, Lênio. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 02 fev. 2015.

<sup>312</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, p. 56-68, abr. 2011, p. 61: “Para além de um modelo, a colaboração também é um princípio jurídico. Ela impõe um estado de coisas que tem de ser promovido. O fim da colaboração está em servir de elemento para a organização de processo justo idôneo a alcançar decisão justa. Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento. O princípio da colaboração tem assento firme no Estado Constitucional. Não há processo justo sem colaboração. A necessidade de participação que se encontra à base da democracia contemporânea assegura seu fundamento normativo”.

<sup>313</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, p.56-68, abr. 2011, p. 62. Embora também defendendo a natureza principiológica da cooperação, Humberto Dalla aprova a versão inicial do art. 5º do NCPC, ao estabelecer a necessidade de cooperação das partes “entre si”. Confira-se: “Quando de seu exame pelo Senado, ao remeter à Câmara o PLS n. 166/2010, foi suprimida a expressão ‘entre si’, revelando que essa Casa Legislativa não acredita num processo que se desenvolve em nível de cooperação entre as partes, mas apenas entre cada uma das partes e o juiz. Excessivamente pessimista esta avaliação. É bem verdade que precisamos mudar a mentalidade dos litigantes, e isso significa mexer em conceitos arraigados há muito tempo, não apenas nas partes, mas, principalmente, nos seus advogados. Contudo, é necessário mudar essa mentalidade, e nada como um novo CPC para desencadear o ponto inicial dessa mudança. Voltando ao texto do Projeto, esse dispositivo trata do Princípio da Cooperação, decorrente dos Princípios da Boa-Fé e da Lealdade”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 116.

Diga-se, nesse diapasão, que os princípios contêm maior grau de abstração e, assim, não especificam condutas a serem seguidas, aplicando-se a um conjunto amplo e usualmente indeterminado de situações. Logo, os princípios caracterizam-se como normas jurídicas que identificam valores a serem preservados ou fins a serem alcançados.

As regras, de seu turno, são descritivas de condutas que deverão ser seguidas. Assim, a questão relativa a valores ou aos fins públicos a serem alcançados já foi decidida pelo legislador.

Sob essas luzes, é natural compreender-se que a cooperação, nos moldes aqui propostos de diálogo intersubjetivo leal e comprometido, melhor se insere no conceito de princípio do que de regra, pois voltada a nortear a conduta dos sujeitos processuais ao longo da lide, e não a impor condutas concretas prévia e exaustivamente definidas pela legislação processual<sup>314</sup>.

Consoante lição proposta por Humberto Ávila, os princípios gozam de eficácia externa e interna, sendo que esta, voltada ao papel desempenhado pelo princípio no ordenamento jurídico, subdivide-se em direta e indireta, conforme necessite ou não da intermediação de outros subprincípios ou regras para sua incidência e aplicabilidade. Neste último caso, isto é, na indireta, o princípio pode exercer diversas funções: (a) definidora (delimita e especifica um comando principiológico), (b) interpretativa (condiciona a interpretação de outras normas), e (c) bloqueadora (afasta elementos previstos nos ordenamentos que sejam com ele incompatíveis)<sup>315</sup>.

Nesse sentido, entende-se que, sob o ponto de vista dogmático, o princípio da cooperação melhor se apresenta como um subprincípio derivado do contraditório<sup>316</sup>, que tem por finalidade definir os contornos deste último princípio (função definidora), servir de marco interpretativo para as normas processuais (função interpretativa) e obstar condutas processuais com ele incompatíveis (função bloqueadora).

---

<sup>314</sup> “Ao estabelecer como finalidade o alcance de uma ‘comunidade de trabalho’ e a obtenção de um processo leal e cooperativo, o princípio da cooperação torna devidos determinados comportamentos, independentes da existência ou não de regra expressa prevendo-os, uma vez que, ao estabelecer o fim a ser alcançado, ele assegura os meios necessários a tanto”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. de 2015.

<sup>315</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97-102.

<sup>316</sup> Embora exista forte conexão entre boa-fé e cooperação, diverge-se de Humberto Dalla, que entende que o princípio da cooperação seria derivado diretamente dos princípios da boa-fé e da lealdade. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 117.

De fato, é do contraditório participativo, enquanto instrumento por excelência da dialética processual impregnado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que se extrai o dever de colaboração, entre si, dos sujeitos processuais (partes e magistrado).

A colaboração, portanto, é fruto da compreensão neoconstitucionalista do processo – assentado nas premissas dogmáticas expostas nos capítulos anteriores deste trabalho –, pela qual ele passa a ser visto como garantia fundamental, vetor da dignidade da pessoa humana, na medida em que, além de direito fundamental por si, também se desvela promotor de outros valores, direitos e garantias estatuídos na Carta da República, isto é, de um processo garantístico e revestido de efetividade<sup>317</sup>.

Reforce-se: a visão cooperativa deriva do neoconstitucionalismo e da quebra de paradigma que ele representou sobre o contraditório, pela qual se promoveu sua respectiva evolução, da tradicional concepção formal (*audiatur et altera pars*), à visão dinâmica e participativa, ou seja, enquanto instrumento de legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação.

Nessa toada, assiste razão a Leonardo Greco, ao asseverar que, após a segunda metade do século passado,

Todo o processo civil se reconstrói, através da efetividade e do garantismo, como instrumento de tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos particulares e, no conflito entre o interesse público e o interesse particular, o interesse público é mais um interesse particular, que, com absoluta equidistância e impessoalidade o juiz tutelará ou não, conforme seja ou não agasalhado pelo ordenamento jurídico. É o processo justo, o processo humanista, que serve diretamente aos destinatários da prestação jurisdicional e apenas remotamente ao interesse geral da coletividade ou ao interesse público<sup>318</sup>.

Evidentemente que, com a acolhida do princípio da cooperação, não se almeja aqui, para sossego de Lênio Streck, o retorno ao socialismo processual, em que os interesses particulares cediam, sempre, quando confrontados com o metafísico e aprioristicamente superior interesse público, e, a pretexto de reequilibrar-se os pratos da balança social, pregava-se um juiz ativo, paternalista e que, longe de ser imparcial, mostrava-se mesmo arbitrário, pois decidido a acudir a parte mais fraca, com inequívoco prejuízo para as garantias das partes.

---

<sup>317</sup> “A doutrina brasileira mais recente, fortemente influenciada pela estrangeira, já começa a falar em ‘princípio da cooperação’ uma específica faceta – quiçá uma necessária atualização – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como *um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes, preocupados, todos, com o proferimento de uma melhor decisão para a lide*. Nesse sentido, o princípio da ‘cooperação’ pode ser entendido como *o princípio do contraditório inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta*”. (Itálico no original). BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 145.

<sup>318</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 164, p. 29-56, out. 2008, p. 45.

A colaboração, enquanto subprincípio do contraditório, milita a favor da revalorização do diálogo humano entre os sujeitos do processo, com a efetiva criação de uma comunidade de trabalho<sup>319</sup> voltada a construir o ato de vontade estatal, mediante procedimento pautado pelo dever de boa-fé e pela observância das garantias fundamentais.

(...) se não imaginássemos a prática de atos processuais inserida em qualquer contexto colaborativo, o formalismo e a influência tornar-se-iam concepções axiologicamente vazias<sup>320</sup>.

Todavia, ao propor-se a criação de um dever de colaboração entre os sujeitos processuais, não se está a adotar visão altruísta e utópica, na qual as partes devam abrir mão dos seus próprios interesses em favor do *ex adverso*, com nefasto prejuízo para o acesso à justiça; nem se está a sugerir que o magistrado participe do embate como se parte fosse, em postura deletéria para sua imparcialidade e, conseqüentemente, para o devido processo legal.

Da mesma forma que a busca pela verdade e o contraditório não são valores absolutos<sup>321/322</sup>, também não o é a colaboração. O princípio da colaboração deve ser sopesado, ponderado<sup>323</sup>, à luz de outros princípios e garantias também tutelados pela ordem constitucional, em especial o acesso à justiça e o devido processo legal.

---

<sup>319</sup> Consoante bem apontado por Ricardo de Barros Leonel, “falar em ‘princípio da colaboração’ ou ‘cooperação’ significa ver o processo como uma ‘comunidade de trabalho’, com conteúdo essencialmente positivo. Procura-se, com isso, focar o processo, no aspecto subjetivo, como uma pluralidade de pessoas operantes ao mesmo tempo, e de modo coordenado, para conseguir um resultado que não pode ser alcançado por uma só pessoa. Deve-se desenvolver o ‘diálogo’ entre juiz e as partes, tendo sempre como pano de fundo e coluna de apoio insuprimível o respeito ao contraditório”. LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 237.

<sup>320</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 216.

<sup>321</sup> Exemplo claro disso é a inadmissibilidade de utilização, em Juízo, de provas obtidas ilicitamente e a nulidade da decisão fundada nessas provas. Sobre o assunto: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 114.

<sup>322</sup> “O contraditório não é absoluto em sua dimensão de garantia e a possibilidade de influência não pode ser considerada irrestrita. A influência exercida deve ser ética, ligada aos escopos estatais de prestar uma jurisdição célere e adequada, preocupada com resultados justos, onde a solução tutela perfeitamente o direito material discutido. O exercício do contraditório é regrado e limitado, p. ex, por regras referentes à boa-fé processual”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 224.

<sup>323</sup> Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Desenvolve-se pelo raciocínio silogístico [premissa maior (norma), premissa menor (fato) e conclusão]. Esse método não é suficiente para lidar com as colisões de princípios ou de direitos fundamentais, especialmente porque, nestes casos, há mais de uma premissa maior. A subsunção, na sua lógica unidirecional, somente trabalha com uma das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Entretanto, por força do princípio instrumental da unidade da constituição, não existe hierarquia entre as normas constitucionais. Para superar a insuficiência do modelo subsuntivo, criou-se o método da ponderação, que permite ao intérprete operar multidirecionalmente, considerando os múltiplos elementos em jogo, na medida de sua importância e pertinência do peso. A ponderação, assim, consubstancia uma técnica de decisão jurídica aplicável aos casos difíceis (*hard cases*), em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, em razão do fato de existirem normas da mesma hierarquia indicando soluções diferentes. A ponderação é um processo de três etapas: (i) identificação dos princípios em jogo, (ii) variáveis do caso concreto, e (iii) teste da proporcionalidade: adequação (meios e fins), exigibilidade/necessidade (menor ingerência possível), e proporcionalidade em sentido estrito (mais

A equação, como se pode inferir, não é de fácil solução. Para tanto, deve-se ter desde logo presente que, sob a perspectiva das partes, a aplicação do princípio da cooperação encontra condicionantes mais fortes do que para o magistrado, na medida em que, sob a ótica deste, a cooperação está intimamente correlacionada com a sua respectiva atividade-fim e ao próprio dever de imparcialidade<sup>324</sup>.

Nesse trilhar, não pode a colaboração, para as partes, colidir com os direitos que lhes são assegurados pela garantia do acesso à justiça e pelo sobreprincípio do devido processo legal – até mesmo porque, em última medida, é dele decorrente –, cerceando-lhes o direito à liberdade, à legalidade (*lato senso*) e, derradeiramente, à ampla defesa, isto é, de defenderem em juízo as posições processuais que lhes pareçam corretas, com a utilização das estratégias e instrumentos que legitimamente disponham.

Fixada essa necessária premissa, o princípio da cooperação, para as partes, verte-se no dever de agirem em conformidade com a boa-fé<sup>325</sup>, tanto em sua vertente subjetiva, quanto na objetiva<sup>326</sup>.

Ultrapassar essa exigência, de sorte a impor às partes o dever de mútuo auxílio e de apresentarem fatos e argumentos contrários aos respectivos interesses, além de irreal – o que, por si só, já seria suficiente para a derrocada da proposição –, colocaria em risco o direito que lhes é constitucionalmente franqueado de acesso à justiça e, conseqüentemente, à ampla defesa.

O princípio, sob esse enfoque, impõe às partes o agir de forma voltada à realização de um diálogo ético<sup>327</sup>, vedando-se condutas contrárias à lei, destinadas a fraudar a verdade dos

vantagens do que desvantagens). Sobre o tema, confira-se, por todos, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 328/337.

<sup>324</sup> “Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito. Há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade. Esse alguém não pode ser outro senão o órgão judicial; por conseguinte, é mister provê-lo dos meios indispensáveis para que ele possa desincumbir-se cabalmente de suas funções”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 87.

<sup>325</sup> Contra, por entender que a boa-fé processual seria um conceito autoritário, que obriga as partes a agirem contra a própria vontade. AROCA, Juan Montero. *Sobre el mito autoritário de la buena fe. Proceso civil y ideologia: um prefacio, uma sentença, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 310.

<sup>326</sup> Sob a ótica do direito português, Miguel Teixeira de Souza salienta que, para as partes, o dever de cooperação compreende, não só o dever de litigância de boa-fé subjetiva e objetiva, como ainda (i) dever de prestar sua colaboração para a descoberta da verdade e (ii) dever de identificar ou localizar bens penhoráveis do executado. SOUZA, Miguel Teixeira. Aspectos do novo processo civil português. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, 1997, p. 175. Não obstante o exposto, parece-nos que o dever de boa-fé já engloba os outros dois itens referidos pelo doutrinador português, pelo que nos parece, com todas as vênias, redundante a menção àqueles dois novos subtipos.

fatos e a procrastinar o desenrolar do litígio, assim como o abuso no exercício de poderes processuais e a criação dolosa de posições processuais<sup>328/329</sup>.

Devem as partes, ainda, expor suas razões com clareza<sup>330</sup>, auxiliar na delimitação da *res in iudicium deducta* e na fixação dos pontos porventura controvertidos, de forma a permitir que a contraparte, a quem também é assegurado o direito à ampla defesa, possa adequadamente tutelar seus interesses e propiciar ao magistrado que julgue com acerto<sup>331/332/333</sup>.

---

<sup>327</sup> “A adequada compreensão da cooperação está menos na ideia de uma parte acudir, amparar, socorrer a outra, e mais na de uma parte colaborar com a outra e com o órgão jurisdicional para, isto sim, o adequado ‘modo de ser’ do processo, possibilitando que sua condução dê-se da melhor forma possível, em benefício da justa composição da lide, com efetividade e em lapso temporal aceitável”. CONTE, Francesco. O contraditório como dever e a boa-fé processual – os fins sociais do processo. In: FUX, Luiz (org). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 697.

<sup>328</sup> Como já apontado no capítulo em que se tratou da boa-fé, Daniel Mitidiero afirma que a força normativa da boa-fé no processo civil, no seu aspecto objetivo, pode ser sentida a partir de quatro grupo de casos: a) a proibição de criar dolosamente posições processuais; b) a proibição do *venire contra factum proprium*; c) a proibição de abuso de poderes processuais e d) a *supressio*, consistente na perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não será mais exercido. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 107.

<sup>329</sup> “Não se deve, contudo, imaginar que o princípio da cooperação implique em um dever de uma parte ajudar a outra, fornecendo ao seu adversário elementos para a sua derrota. Pensar assim é entender de forma equivocada o sentido do princípio da cooperação. Há sim um dever de as partes colaborarem uma com a outra e com o órgão jurisdicional, mas tendo em vista a adequada gestão do processo, de acordo com os instrumentos proporcionados pelo diploma processual, e para o alcance de uma decisão justa. O que se busca, de fato, quando se defende que as partes devem cooperar entre si, é uma atuação ética e correta dos indivíduos na exposição dos fatos e na defesa dos seus direitos, colaborando com o magistrado para a solução da lide de forma justa e tempestiva, sem o emprego de meios fraudulentos, maliciosos e ardis”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII. p. 305. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>330</sup> Justamente em razão disso, o art. 7º do *Civil Procedure Rules*, que rege o processo civil na Inglaterra desde de 1998, exige que as partes apresentem suas razões em formulários (*claim forms*). *Part 7 - how to start proceedings – the claim form*. Disponível em: < <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07> >. Acesso em 02 jul.2015. Ademais, em caso recente, a Suprema Corte dos Estados Unidos, nos autos do processo *Sigram Schindler Beteiligungsgesellschaft MBH v. Lee*, expediu ordem ao advogado Howard Shipley, representante de uma das partes, para justificar à Corte, em 40 dias, a petição repleta de tecnicidades e linguajar pouco claro, sob pena de imputar-lhe sanção. MELO, João Ozorio de. *Em decisão, Suprema Corte dos EUA exige simplicidade nas petições*. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. Neutral Citation Number: [2005] EWCA Civ. 104, n. 21. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-05/suprema-corte-eua-exige-simplicidade-peticoes>>. Acesso em 07 abr. 2015.

<sup>331</sup> Em sentido semelhante, PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 196, jun. 2011, p. 160, Cf, ainda, GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 562: “A lealdade também impõe às partes e, conseqüentemente, aos seus advogados o dever de respeitar a posição da outra e a autoridade juiz, não praticando atos que possam dificultar o exercício de seus direitos”.

<sup>332</sup> Em igual sentido, a Divisão Civil da Court de Apelação da Inglaterra, quando do julgamento do caso *Nada Fadil Al-Medenni v. Mars UK Limited*, em 18.07.2005, pontuou que: “*it is fundamental to our adversarial system of justice that the parties should clearly identify the issues that arise in the litigation, so that each has the opportunity of responding to the points made by the other*”. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. [2005] EWCA Civ. 104, n. 21. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi->

Questão controversa, neste ponto, diz respeito a saber se o princípio da cooperação impõe às partes o dever de veracidade e de completude.

O dever de veracidade pode ser encarado sob uma perspectiva positiva (dever de dizer a verdade) e outra negativa (dever de não mentir).

Até mesmo por força do art. 14, I, do Código de Processo Civil<sup>334</sup>, as partes têm o dever de veracidade acerca dos fatos expostos em Juízo, isto é, as partes e seus advogados não têm o direito de mentir em Juízo, sob pena de restarem comprometidos os objetivos da jurisdição, haja vista que o respectivo resultado, nesse caso, não será confiável<sup>335</sup>. Por derivação, também não podem contradizer o adversário quanto às declarações cuja veracidade reconheçam ou desconheçam<sup>336</sup>.

Disso não se extrai, em contrapartida, o dever de completude, ou seja, o dever de *full disclosure* das partes sobre todos os fatos e documentos de que disponham<sup>337</sup>, nem ainda que

bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2005/1041.html&query=title+(+mars+)&method=boolean>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>333</sup> Aproxima-se, aqui, do já antes referido princípio da operosidade, proposto por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

<sup>334</sup> BRASIL, CPC, art. 14: “São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade”. A matéria vem tratada no artigo 77 do NCPC: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

<sup>335</sup> Associando o dever de veracidade à prevenção da mentira processual, confira-se: SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de veracidade das partes no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Vellenich, 1975, p. 75.

<sup>336</sup> Sobre o ponto, revela-se pertinente transcrever o §138 do ZPO: “(1) *The parties are to make their declarations as to the facts and circumstances fully and completely and are obligated to tell the truth. (2) Each party is to react in substance to the facts alleged by the opponent. (3) Facts that are not expressly disputed are to be deemed as having been acknowledged unless the intention to dispute them is evident from the other declarations made by the party. (4) A party may declare its lack of knowledge only where this concerns facts that were neither actions taken by the party itself, nor within its ken*”. Disponível em: <<http://direitoalemao.com/leis/>>. Acesso em 02 fev. 2015. Desse enunciado normativo, Weltzel extrai as seguintes conclusões: (i) as declarações positivas devem ser conforme a verdade (dever à verdade subjetiva); e (ii) a parte não deve contradizer seu adversário quando desconhecer a veracidade dos fatos. WELTZEL *apud* SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de veracidade das partes no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Vellenich, 1975, p. 75. Note-se, por relevante, que a doutrina alemã considera que o dever de veracidade de que fala o legislador é o de uma verdade subjetiva; um dever de sinceridade da parte. Nesse sentido: JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de: F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 151-153.

<sup>337</sup> “As partes podem até omitir determinado fato, desde que essa omissão não macule a veracidade da narrativa como um todo. Contudo, caso a parte decida trazer algum fato para o processo, à luz do dever de veracidade, deverá fazê-lo de forma franca, sem distorcer os acontecimentos a seu favor”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII. p. 306. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso 20 jun. 2015.

o façam de uma só vez<sup>338</sup>, se isso puder ensejar prejuízo à respectiva defesa, ainda que esses fatos ou documentos sejam relevantes para a discussão<sup>339</sup>.

Nesse sentido, pontua Osvaldo Alfredo Gozaíni que:

(...) las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (fair play) que les permiten reservas y ocultamientos. A ellos nos les exige decir la verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidade<sup>340</sup>.

Não se está a defender aqui o direito da parte de destruir provas ou mesmo sonegar informações requeridas pela contraparte ou cuja apresentação tenha sido determinada pelo magistrado, até porque, consoante art. 339 do CPC, “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Defende-se, apenas, que a parte não precisa atuar *ex officio*, o que em nada se assemelha a aqui combatida dolosa alteração da verdade dos fatos em manifestações judiciais.

Note-se, em reforço, que, entre o verdadeiro e o falso, existe zona de penumbra, sujeita a controvérsias, a interpretações e, portanto, a diferentes enfoques e pontos de vista, sendo perfeitamente lícito à parte que dela se aproveite para fazer prevalecer seu respectivo interesse<sup>341</sup>.

Sem prejuízo disso, também não se sustenta que, da conduta omissiva da parte, ou mesmo do silêncio pelo não comparecimento em Juízo, ou ausência de pronunciamento, ou ainda do descumprimento de um dever legal<sup>342</sup>, o magistrado não possa extrair consequências

<sup>338</sup> Nesse exato sentido, porém referindo-se ao direito alemão: JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de: F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 152: “A integralidade não significa aqui que a parte tenha de alegar, duma só vez, todos os factos que conheça; a questão de até que ponto a parte pode posteriormente apresentar alegações, pertence ao âmbito da concentração do processo (...) O dever de integralidade no sentido do § 138 é de entender como parte do dever de verdade”.

<sup>339</sup> Aparentemente em igual sentido, CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé objetiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 126, p. 59-82, ago. 2005, p. 74: “Afirma-se que o dever de integridade, apesar de representar um postulado de colaboração, impondo às partes que tragam ao processo fatos relevantes para a descoberta da verdade real, deve ser circunscrito por certos limites. Assim, não significa a obrigação da parte de expressar todos os fatos que conheça de uma só vez e tampouco impõe o dever de trazer aos autos fatos desfavoráveis à própria parte, o que, obviamente, nenhum litigante faz espontaneamente”. Em sentido contrário, embora sob a ótica da versão original do art. 17, III, do CPC, que expressamente tratava de omissão. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: *Temas de Direito Processual*, Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 9 e ss.

<sup>340</sup> GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La verdad y la prueba*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie, et al. (org). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 756-757.

<sup>341</sup> Em sentido semelhante, CIPRIANI, Franco. *El abogado y la verdad*. In: AROCA, Juan Montero (org.). *Proceso civil y ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 287. Cf, ainda, BRASIL, STJ, REsp n. 764.320/PR, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 21/09/2006, DJ 27/11/2006, p. 283: “Não se caracteriza litigância de má-fé por pretensão contra texto expresso de lei, se a interpretação dada ao dispositivo pelo órgão julgador for diversa daquela pretendida pela parte e houver plausibilidade na tese defendida por esta”.

<sup>342</sup> Exemplo disso é o art. 359 do CPC, que, ao tratar da exibição de documentos, assevera: “Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar: I - se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357;

desfavoráveis para essa parte, inclusive por conta das máximas de experiência e das presunções, que o auxiliarão na formação do juízo de probabilidade.

Por outro lado, é sob a perspectiva que mais interessa a este trabalho, qual seja, a do magistrado, que o princípio da cooperação se apresenta mais intensamente, pois, como antecipado, as outras três dimensões do contraditório participativo (legitimação democrática, influência e boa-fé) exigem-lhe a adoção de postura ativa e dialógica, voltada, não só a legitimar sua respectiva atuação, como também, e principalmente, a garantir a boa prestação jurisdicional.

A cooperação, destarte, pode e deve ser compreendida como inerente à própria atividade judicante, sendo o canal pelo qual se permitirá a implementação do princípio democrático e se promoverá a inserção do magistrado no contraditório, não com o fim de assemelhá-lo aos sujeitos parciais, mas justamente para garantir o resultado oposto: igualdade e imparcialidade, com vistas à obtenção da justiça da decisão.

Ademais, a cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais<sup>343</sup>.

Contudo, cooperação não é, nem pode ser, sinônimo de arbitrariedade judicial e de quebra das garantias constitucionais do processo. Assim, da mesma forma do que se passa para com as partes, a postura cooperativa do magistrado também encontra limites.

Esses limites são a subsidiariedade e a imparcialidade.

Extrai-se, da primeira condicionante, que, em atenção ao princípio dispositivo<sup>344</sup>, a atuação cooperativa do magistrado quanto aos fatos simples<sup>345</sup> e, especialmente, quanto às provas deve se dar subsidiariamente à atuação das partes, isto é, o magistrado somente deve tomar iniciativas, nesses casos, se as partes, ao longo do íter processual, não demonstrarem iniciativa nesse sentido (omissão), ou o fizerem de maneira insatisfatória, sob a perspectiva do

---

II - se a recusa for havida por ilegítima”.

<sup>343</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 127, p.77, set. 2005.

<sup>344</sup> Utiliza-se, aqui, a expressão princípio dispositivo em uma visão estrita, relacionando-o à iniciativa quanto aos fatos e provas. Prefere-se, por outro lado, a expressão princípio da iniciativa das partes, para referir-se à inércia do magistrado quanto às questões de direito material. Em igual sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fundamento del principio dispositivo*. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: 1962, p. 3 e ss; e SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 74.

<sup>345</sup> Fatos simples são aqueles que não implicam alteração da causa de pedir e do pedido, não representando, assim, fato constitutivo do direito. Os fatos jurídicos (constitutivos do direito) se sujeitam à iniciativa exclusiva das partes. Segundo Marco Antonio dos Santos Rodrigues: “Os fatos jurídicos compõem a causa de pedir. São aqueles geradores do direito autoral, essenciais para justificar seu pedido em juízo, sendo os grandes responsáveis pela procedência ou improcedência do pedido autoral. Já os fatos simples ou secundário não compõem a causa de pedir, trazendo apenas elementos que enriquecem e esclarecem os fatos principais, e atuando como mecanismos indiciários da ocorrência destes últimos. Possuem relevância, então, como objeto de prova e são meios de demonstração dos fatos jurídicos”. RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 118-119.

julgador. Essa é a forma que melhor se harmoniza, neste campo, o princípio dispositivo e o princípio da cooperação<sup>346</sup>.

Essa postura, como apontado por José Alfredo Baracho, por certo evitará “*os excessos das ingerências e as lacunas da não-ingerência*”<sup>347</sup>, resguardando as iniciativas próprias da sociedade (personificada nos litigantes).

Ademais, consoante perfeita observação de Barbosa Moreira, julgar segundo as regras da distribuição do ônus da prova não é atitude que tranquilize o magistrado cioso de sua responsabilidade<sup>348</sup>. O que se torna ainda mais evidente quando se tem presente que, uma vez acionado o Poder Judiciário para a solução do conflito, compete-lhe prestar a jurisdição em sua plenitude, apreciando todas as questões postas nos autos, mediante o exercício dos poderes de direção formal e, também, material do processo.

Na medida em que dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público da sociedade<sup>349</sup>, “*o processo civil moderno repudia a ideia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal feita, resigna-se a fazer injustiça atribuindo a falha aos litigantes*”<sup>350</sup>.

Embora sem correlação direta, a subsidiariedade também despertará no espírito dos litigantes a impressão de maior imparcialidade do magistrado.

Quanto à segunda condicionante, a cooperação exige, como visto ao longo deste trabalho, postura ativa do magistrado, com o constante diálogo intersubjetivo, comprometido e leal com as partes, e pela qual, por vezes, se restabelecerá a paridade de armas entre os litigantes.

Todavia, não se pode admitir que, a pretexto de colaborar, participar e equilibrar as posições processuais, o magistrado, movido por sentimentos ou interesses próprios, perca a imparcialidade e a equidistância, acabando por deliberadamente favorecer determinada parte<sup>351</sup>.

---

<sup>346</sup> Em sentido semelhante: LOPES, João Batista. Os Poderes do Juiz e o aprimoramento da Prestação Jurisdicional. In: *Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 36, jul./set. 1984, em que afirma que não se quer a “supressão da regra de que às partes incumbe deduzir suas alegações e demonstrar a veracidade dos fatos relatados. Defende, apenas, a possibilidade do juiz auxiliar, assistir, orientar as partes nessa tarefa, a fim de evitar que, por erro ou omissão do advogado, venham elas a sofrer injusto prejuízo em seus direitos”.

<sup>347</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Princípio da subsidiariedade, conceito, e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 86-90.

<sup>348</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

<sup>349</sup> BETTI, Emílio. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936, p. 89.

<sup>350</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 229.

<sup>351</sup> “Deve-se ter grande cautela para que a participação ativa do juiz no desenvolvimento do procedimento jurisdicional não reste sem controle, de modo que acabe se tornando uma atuação autoritária a invés de

### 2.3.5.1. Cooperação no direito comparado: a experiência francesa, alemã e portuguesa

O art. 16 do *Code de Procédure Civile* francês, promulgado em 1975, determina, em sua primeira parte, que “*le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*”<sup>352</sup>.

Segundo a opinião de Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland<sup>353</sup>, ambos professores da Universidade de Panthéon-Sorbonne Paris I, o legislador processual francês, ao afirmar categoricamente que o juiz, ele próprio, está adstrito ao contraditório, estabeleceu um modelo cooperativo de processo, na linha do que é proposto, para o direito brasileiro, por Mitidiero<sup>354</sup>, Didier Junior<sup>355</sup> e Alvaro de Oliveira<sup>356</sup>.

Para aqueles doutrinadores franceses, a inserção do magistrado no contraditório presta-se a pôr em destaque que esse princípio, mais do que uma garantia para as partes, é um instrumento de operação do magistrado, indispensável a alcançar-se decisão mais próxima da verdade dos fatos e, portanto, justa<sup>357</sup>.

Ainda com esteio no referido art. 16, acrescentam os professores Jean Vincent e Serge Guinchard<sup>358</sup> que a inserção do magistrado no contraditório serve, também, como instrumento de proteção conferido às partes contra eventuais negligências ou violações do dever de boa-fé incorridas pelo julgador.

De fato, parece sintomático que, com a inclusão da expressão “*lui-même*”, intencionou o legislador francês criar o dever cooperativo para o magistrado, de sorte a integrá-lo, dinamicamente, no contraditório travado nos autos.

democrática. Por este motivo, é de extrema importância que não só os poderes do magistrado sejam previstos de forma objetiva e clara, e não indeterminada, sob pena de excessos serem gerados, como também que sejam previstos deveres específicos de cooperação para o juiz”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII. p. 305. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>352</sup> Em tradução livre: O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.

<sup>353</sup> CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 7. ed. Paris: Lexis-Nexis, 2011, p. 387.

<sup>354</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>355</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

<sup>356</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=215](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=215)>. Acesso em 21 jan. 2015.

<sup>357</sup> CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 7. ed. Paris: Lexis-Nexis, 2011, p. 379. Em igual sentido, PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

<sup>358</sup> VINCENT, Jean; SERGE, Guincharderge. *Procédure civile*. 27. ed. Paris: Dalloz, 2003, p. 549.

Com isso, transformou o processo em uma comunidade de trabalho, na qual o magistrado, despido do seu poder hierárquico, figura, a um só tempo, como partícipe e agente promotor e garantidor do diálogo leal e isonômico entre os sujeitos processuais, ao qual, ao final, estará adstrita sua decisão impositiva – afinal de contas, inequivocamente ilegítima, desleal e inconstitucional seria a prolação de decisão alheia aos argumentos submetidos ao contraditório.

Na Alemanha, o item 1 do § 139 do *Zivilprozessordnung*<sup>359</sup> (ZPO) também põe em evidência o dever de cooperação, deixando claro que ele consiste no diálogo direto, leal e, especialmente, assistencial (“*na medida do necessário*”) do magistrado com as partes do litígio.

“Section 139

*Direction in substance of the course of proceedings*

*(1) To the extent required, the court is to discuss with the parties the circumstances and facts as well as the relationship of the parties to the dispute, both in terms of the factual aspects of the matter and of its legal ramifications, and it is to ask questions. The court is to work towards ensuring that the parties to the dispute make declarations in due time and completely, regarding all significant facts, and in particular is to ensure that the parties amend by further information those facts that they have asserted only incompletely, that they designate the evidence, and that they file the relevant petitions*<sup>360</sup>.

Na visão de Barbosa Moreira<sup>361</sup>, o dever previsto no item 1 do §139 do ZPO, de exigir-se do magistrado que instigue as partes a elucidar, de modo completo, todos os fatos relevantes e a apontar as pertinentes provas<sup>362</sup> – chamado de *hinweispflicht*, isto é, dever de advertência –, além de prestar-se ao aprimoramento da decisão judicial, tem outros dois relevantes objetivos.

O primeiro, tentar reduzir o número de recursos interpostos contra a decisão de primeira instância, pois essa forma de cooperação do órgão judicial permite aos litigantes aquilatar, assimilar, com clareza, o provável desfecho do litígio e, destarte, aceitar com mais facilidade a justiça da decisão de mérito.

<sup>359</sup> Código de Processo Civil da Alemanha. Disponível em: <<http://direitoalemao.com/leis/>>. Acesso em 2 jul. 2015.

<sup>360</sup> A tradução para o vernáculo é de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 127, p. 75, set. 2005: “§139 – Condução material do processo. (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova e formular pedidos baseados nos fatos afirmados”.

<sup>361</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 111, p. 105, jul./set. 2003.

<sup>362</sup> Em igual sentido, GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de: Ronaldo Kochem. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

O segundo objetivo, consectário lógico do primeiro, é o de prestigiar e fortalecer o primeiro grau de jurisdição. Esses dois objetivos, segundo Barbosa Moreira, seriam o mote da reforma conduzida em 2001, da qual derivou a atual redação do §139 da ZPO.

No direito português, a seu turno, e que serve de inspiração direta para a doutrina brasileira, o dever de cooperação é textualmente tratado como princípio no art. 7º do Novo CPC (Lei n. 41, 26 de junho de 2013), cuja redação, vale realçar, repete o enunciado normativo do art. 266 do antigo CPC português.

Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961) Princípio da cooperação

1 – Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

2 – O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência.

3 – As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º.

4 – Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.

Apesar de, como dito, ter sido mantida a redação do art. 266 do anterior CPC, houve alteração topográfica da disposição, que, agora, está inserida no título referente aos princípios fundamentais do processo civil. A alteração não é desimportante; ao revés, deixa clara a relevância conferida pelo legislador ao princípio da cooperação e, ainda, a influência que ele passa a exercer sobre a compreensão e a interpretação dos demais dispositivos do Código.

Observe-se, por outro lado, que, embora o legislador português tenha seguido modelo normativo mais próximo do alemão, com a descrição do conteúdo da cooperação, dele se distanciou ao enfatizar, textualmente, o respectivo caráter principiológico, deixando claro que a cooperação está voltada a nortear a conduta dos sujeitos processuais, inclusive o órgão judicial, ao longo da lide, e não a impor condutas concretas prévia e exaustivamente definidas na legislação processual.

Dessa forma, as hipóteses descritas nos §§ 2 a 4 devem ser entendidas como exemplos, que não impedem, inclusive com base na redação aberta do §1º, verdadeira cláusula geral de cooperação, a adoção de outras medidas cooperativas que se fizerem necessárias à justiça da decisão e a se resguardar a paridade de armas<sup>363</sup>.

<sup>363</sup> Afirma, nesse diapasão, Fredie Didier Junior, que o princípio da cooperação é dotado de eficácia normativa direta, admitindo cogitar-se “situações jurídicas processuais atípicas”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 52.

Sob a perspectiva do direito português, Paula Costa e Silva enfatiza sobre o dever de cooperação, que,

(...) naquilo que tem de núcleo duro, impõe este dever aos operadores judiciários uma atitude de cooperação, com inversão absoluta do paradigma do processo judicial enquanto luta entre privados. Se este podia ser visto como um assunto estritamente particular, deixa de o ser uma vez que é também dever do juiz cooperar com as partes para a composição da causa, com brevidade e eficácia. Por seu turno, as partes têm de cooperar entre si<sup>364</sup>.

É natural, por outro lado, que dessa nova dimensão cooperativa extraiam-se, pragmática e especificamente, correlatas pautas de atuação *ex officio* para o magistrado, de forma a conferir-se efetividade ao princípio.

Nesse diapasão, a doutrina portuguesa<sup>365</sup> – na qual se inspira a doutrina brasileira<sup>366</sup> –, amparada no art. 7º e em outros dispositivos do Novo CPC português<sup>367</sup>, identifica, basicamente, quatro espécies de deveres derivados da cooperação, a saber: esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta.

O dever de esclarecimento consubstancia a obrigação imposta ao magistrado de elucidar as dúvidas que porventura tenha com relação às alegações, pedidos, arrazoados e até mesmo a conduta das partes. Quer-se evitar, com isso, a prolação de decisões açodadas ou embasadas em premissas equivocadas, que venham, assim, a comprometer o respectivo acerto<sup>368</sup>.

<sup>364</sup> SILVA, Paula Costa e. *Litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 410.

<sup>365</sup> Confira-se, por todos: SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-67.

<sup>366</sup> Confira-se, por todos, SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119 e ss. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85. DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 127, p. 75, set. 2005. GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, p. 50 e ss, set. 2003. No direito português, confira-se, por todos: SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 65-67.

<sup>367</sup> Especialmente o art. 3º, que, tratando do contraditório como dever imposto também ao magistrado, veda a prolação de decisões-surpresa: “3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

<sup>368</sup> Segundo André Pagani de Souza, “o juiz tem o dever de pedir esclarecimentos às partes quando tiver dúvidas sobre suas alegações, pedidos ou posições em Juízo, de modo a evitar que sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada (...). Assim, por exemplo, o juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa, de acordo com o art. 342 do Código de Processo Civil, do mesmo modo que é dever da parte comparecer em Juízo para responder ao que lhe for interrogado, conforme inciso I do art. 340 do mesmo diploma legal”. SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119-120.

Note-se que, para além da obrigação de o magistrado sanar suas dúvidas junto às partes, o dever de esclarecimento, por certo, também lhe impinge o dever de prestar esclarecimentos às partes sobre o teor de suas decisões<sup>369</sup>.

Embora, em certa medida, essa obrigação esteja inexoravelmente inserida no dever de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CRFB<sup>370</sup> e art. 11 do NCPC<sup>371</sup>), pode-se concebê-la como inserida, ainda que mediatamente, no princípio da cooperação, o qual, não é demais frisar, deverá presidir a postura do magistrado ao apreciar eventuais embargos de declaração opostos pelas partes<sup>372</sup>, que é, como sabido, o recurso por excelência contra a obscuridade, a omissão e a contradição das decisões judiciais, quaisquer delas<sup>373/374</sup>.

Entre os instrumentos de que dispõe o magistrado para implementar esse dever de esclarecimento, pode-se citar, à guisa de exemplo, o art. 130 do Código de Processo Civil<sup>375</sup>, que lhe confere iniciativa probatória *ex officio*.

O dever de prevenção, a seu turno, corresponde à exigência imposta ao magistrado de apontar as deficiências postulatórias das partes, permitindo-lhes supri-las e, assim, evitar que o êxito de seus pedidos seja frustrado pelo uso inadequado do processo<sup>376</sup>.

---

<sup>369</sup> Afirmando a existência de deveres para o juiz, inclusive o dever de esclarecer as partes, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “Prólogo”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXII.

<sup>370</sup> BRASIL, Constituição de 1988. “art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>371</sup> BRASIL, Código de Processo Civil de 2015: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

<sup>372</sup> Todos aqueles que militam nos corredores forenses presenciam a forma, com todas as vênias, pouco séria como são julgados os embargos de declaração.

<sup>373</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. V, p. 498: “Na realidade, qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração, é incabível que fique sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer a possibilidade prática de cumpri-lo. Não tem a mínima relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior, proferida em processo de cognição (de procedimento comum ou especial), de execução ou cautelar. Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, *expressis verbis*, a qualifique de irrecorrível, há de entender-se que o faz com a ressalva concernente aos embargos de declaração”.

<sup>374</sup> No NCPC, os embargos de declaração estão previstos no art. 1.022, *in verbis*: “Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material”.

<sup>375</sup> BRASIL, CPC, Art. 130. “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. A matéria vem tratada no art. 370, do NCPC, que, basicamente, reproduz a anterior redação: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

<sup>376</sup> “O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. No direito brasileiro, esse dever de prevenção está consagrado no art. 284 do CPC, que garante ao demandante o direito de emendar a petição inicial (...) Um outro exemplo seria o inc. V do art. 295 do CPC, que autoriza o indeferimento da petição

Posto em outros termos, veda-se que, diante de um defeito processual sanável, o magistrado não conheça da pretensão sem que, antes, tenha oportunizado à parte interessada o direito de saná-lo.

A propósito, ainda que diante de um defeito insanável, deve o magistrado, antes da extinção do processo, propiciar manifestação ao interessado, para que, se assim lhe aprouver, tente demonstrar a ausência do vício ou a possibilidade de seu respectivo saneamento.

Pode-se citar, como exemplo, a hipótese do art. 295, § único, II, do CPC<sup>377</sup>, que assevera ser inepta a petição inicial quando “*da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão*”. Nesse caso, pelo dever de prevenção, compete ao magistrado, antes da eventual extinção do processo, prevenir a parte interessada acerca da necessidade de emendar-se a inicial.

Mencione-se, ainda, a necessidade de intimação da parte recorrente para complementação das custas, antes de reputar-se deserto o recurso, conforme determinação contida no art. 511, §2º, do CPC<sup>378</sup>.

Já o auxílio, nas palavras do doutrinador português Miguel Teixeira de Souza, compreende o dever imposto ao magistrado de ajudar “*as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais*”<sup>379</sup>.

Exemplo prático<sup>380</sup> desse dever é a consagrada Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, pela qual se confere ao magistrado a possibilidade de inversão do ônus probatório sempre que a regra da distribuição estática, prevista no art. 333 do Código de Processo

inicial por escolha equivocada do procedimento, senão puder adaptar-se ao modelo legal”. DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 127, p.75, set. 2005.

<sup>377</sup> O NCPC trata da inépcia da petição inicial no art. 330, que dispõe: “A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta (...) § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: I - lhe faltar pedido ou causa de pedir; II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; IV - contiver pedidos incompatíveis entre si”.

<sup>378</sup> BRASIL, CPC, Art. 511: “(...) § 2º A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias”. A matéria vem tratada no § 2º do art. 1007 do NCPC, *in verbis*: “Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção (...)§ 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias”.

<sup>379</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 67.

<sup>380</sup> Daniel Mitidiero cita como exemplo, ainda, “o dever de o órgão jurisdicional determinar ao executado que indique bens à penhora (art. 652, §3º, CPC); o dever de ordenar a exibição de documentos (art. 355, CPC)”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 194, p. 63, nota 33, abr. 2011.

Civil<sup>381</sup>, revelar-se diabólica, levando a resultados que, à luz da hipótese concreta, se revelem materialmente iníquos e, portanto, contrários a *ratio* que inspira todo o sistema processual e, também, às garantias constitucionais do processo, em especial a paridade de armas<sup>382</sup>.

Por fim, o dever de consulta, também intitulado por alguns doutrinadores como dever de advertência ou de alerta, compreende a obrigação imposta ao magistrado de oportunizar às partes a manifestação acerca de prova ou questão, seja esta de fato ou de direito, que, a despeito da relevância para o magistrado, não fora objeto de debate ou pronunciamento pelas partes ao longo do processo. Veda-se, com isso, a prolação de decisões escoradas em questões não submetidas ao crivo do contraditório – ainda que cognoscíveis de ofício –, isto é, de decisões que colham as partes de surpresa<sup>383</sup>.

Dentre os inúmeros exemplos, pode-se citar o acolhimento de preliminares, a extinção do processo por força da prescrição ou da decadência e, ainda, o declínio de competência. Em todos esses casos, passíveis de conhecimento de ofício, a respectiva decisão pressupõe que se oportunize à parte prejudicada o direito de prévia manifestação.

Vê-se, dessa breve e ilustrativa exposição do direito comparado, que, por ser instrumento promotor de sinergia entre os sujeitos processuais e, por consequência, da hipertrofia do contraditório, o legislador estrangeiro confere especial destaque à cooperação, adjetivando-lhe a doutrina, por sua vez, com o atributo de ser essencial ao processo que se repute garantístico.

Como consequência direta dessa nova perspectiva do contraditório, partes e magistrado, em conjunto, passam a ser diretamente responsáveis pelo resultado do processo<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> BRASIL, CPC, art. 333. “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. A distribuição ordinária do ônus da prova, como não poderia deixar de ser, foi tratada de maneira semelhante no art. 373 do NCPC.

<sup>382</sup> Oportuna, sobre o ponto, a lição de Alvaro de Oliveira, no sentido de que “servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

<sup>383</sup> Evidentemente que a necessidade de consulta prévia deve excepcionalmente ceder diante das situações em que o magistrado estiver diante de outro valor que, à luz do caso concreto, e após o juízo de ponderação fundamentado, mereça primazia frente ao contraditório, que, como princípio, também é passível de ponderação frente à norma jurídica de igual hierarquia constitucional.

<sup>384</sup> “Nesse contexto, o dever geral de colaboração entre as partes e magistrado é fundamental para a concretização de um processo justo já que a realidade da reconstrução dos fatos será diretamente proporcional à participação dos sujeitos processuais”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

### 2.3.5.2. O Novo Código de Processo Civil e o princípio da cooperação

Inequivocamente influenciado pelo movimento de resgate axiológico do contraditório promovido pelo legislador francês, alemão e o português, e ciente da importância da cooperação entre todos os sujeitos do processo (partes, magistrado e auxiliares da Justiça) para o aprimoramento da decisão judicial, o novo Código de Processo Civil brasileiro pôs em destaque o seu caráter vanguardista e garantístico, ao estabelecer no art. 6º que:

Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Estabeleceu, assim, nos moldes do CPC português, verdadeira cláusula geral de cooperação, que, como tal, deverá ter seu conteúdo definido pela atividade integrativa do magistrado à luz da situação concreta.

Ao magistrado, portanto, caberá identificar o preenchimento do suporte fático e definir a norma jurídica decorrente dessa cláusula geral<sup>385</sup>.

Ainda em sintonia com o CPC português, inseriu a cooperação em capítulo introdutório, voltado às normas fundamentais do processo, deixando claro, com essa simbólica medida, que o princípio da cooperação condicionará não apenas a aplicação e a interpretação das demais normas do CPC, como também a conduta a ser objetivamente exigida das partes e de seus patronos ao longo do íter processual<sup>386</sup>.

Assim, para o magistrado cioso da relevância de suas respectivas atribuições para o Estado Democrático de Direito e, destarte, empenhado em conduzir processo consentâneo com as garantias constitucionais, voltado à prolação de “*decisão de mérito justa e efetiva*”, a utilização da cláusula geral de cooperação permitirá que se maximize a potencialidade do instituto, de sorte a garantir sua observância em uma rica gama de situações atípicas<sup>387</sup>.

---

<sup>385</sup> Em igual sentido, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII. p. 298. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>386</sup> Nessa toada, esclarece a exposição de motivos do NCPC, que: “O Novo CPC conta, agora, com uma Parte Geral, atendendo às críticas de parte ponderável da doutrina brasileira. Neste Livro I, são mencionados princípios constitucionais de especial importância para todo o processo civil, bem como regras gerais, que dizem respeito a todos os demais Livros. A Parte Geral desempenha o papel de chamar para si a solução de questões difíceis relativas às demais partes do Código, já que contém regras e princípios gerais a respeito do funcionamento do sistema”.

<sup>387</sup> Parte da doutrina vê com receios essa abertura conferida ao magistrado. Confira-se, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil

Todavia, não se pode deixar de realçar que, à exceção do dever de consulta ou advertência, inerente à imposição contida no subsequente art. 10, o NCPC deixou de estabelecer, no capítulo destinado às normas fundamentais, deveres claros e específicos para o magistrado<sup>388</sup>.

Perdeu-se a oportunidade, portanto, de sistematizar os deveres de cooperação do magistrado, os quais, afora a cláusula aberta do art. 6º, estão previstos em algumas disposições esparsas e casuísticas.

Sobre esse ponto, cumpre ser frisado que, segundo parte da doutrina, os deveres de cooperação podem ser de previsão fechada, isto é, cominados no texto legal, sem deixar margem de escolha para o órgão judicial, que, assim, passa a ter o poder-dever de atuação cooperativa, sob pena de nulidade processual se houver prejuízo para alguma das partes. Ou, por outro lado, podem ser de previsão aberta, com o preenchimento discricionário pelo órgão judicial, verdadeiro poder de atuação<sup>389</sup>.

Em decorrência disso, exceto por alguns comandos normativos lançados ao longo do NCPC<sup>390</sup>, que, por serem inequivocamente imperativos, devem ser atendidos, corre-se o risco de a cooperação, abstratamente considerada, transformar-se, para o magistrado não tão zeloso pelo múnus público que desempenha, em um mero convite à atuação, desprovido de qualquer efetividade.

Esse risco se torna ainda mais palpável quando se tem presente que a atuação cooperativa trará inequivocamente mais trabalho para o já sobrecarregado Poder Judiciário, que, assim, colocado entre a cruz e a espada, possivelmente acabará por sentenciar o mais rapidamente possível, ainda que com o atropelo de tão caro princípio<sup>391</sup>.

---

brasileiro. Uma proposta de sistematização. In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII. p. 304. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Deve-se ter grande cautela para que a participação do juiz no desenvolvimento do procedimento jurisdicional não reste sem controle (...) Por esse motivo, é de extrema importância que não só os poderes do magistrado sejam previstos de forma objetiva e clara, e não indeterminada, sob pena de excessos serem gerados, como também que sejam previstos deveres específicos de cooperação para o juiz”.

<sup>388</sup> Em crítica ao então Projeto de NCPC, Igor Raatz asseverou que: “O Projeto de Novo Código de Processo Civil não trata adequadamente do tema. O legislador deixou de entrever expressamente a existência genérica dos quatro deveres em que se alicerça a colaboração do juiz para com as partes, elemento essencial para a conformação de um modelo cooperativo de processo. O tema vem tratado de forma esparsa, a exemplo do que já ocorre no atual código”. RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o novo código de processo civil. In: *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 32, ago. 2011. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrij/article/view/274](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/view/274)>. Acesso em 20 jun.2015.

<sup>389</sup> Sobre o ponto, confira-se: GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, p. 58, set. 2003.

<sup>390</sup> Tal como já se passava no CPC de 1973.

<sup>391</sup> Com igual preocupação, GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, p. 58, set. 2003.

Assim, diante dessa opção feita pelo NCPC, pode-se questionar a exatidão, ou mesmo a adequação, de importar-se para o ordenamento pátrio, como vem sendo feito nos textos doutrinários, a mesma classificação utilizada pela doutrina portuguesa para identificar os deveres impostos ao magistrado pelo princípio da cooperação, isto é, os supostos deveres de esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta.

Não é demais ressaltar que, como toda classificação, a proposta pela doutrina portuguesa tem por finalidade sistematizar e, por conseguinte, permitir o agrupamento dos deveres cooperativos impostos ao magistrado, conforme a natureza e a finalidade do ato que deverá ser praticado em prol da colaboração.

Sob essa perspectiva, impõe-se analisar se o NCPC também impõe ou recomenda ao juiz a prática de atos que, direta ou indiretamente, possam ser enquadrados na classificação proposta.

A resposta é positiva, pois podem ser encontrados ao longo do NCPC, embora de maneira pontual e casuística, como já dito, deveres fixados para o magistrado que se adequam à classificação portuguesa.

Observe-se, exemplificativamente, que o dever de consulta ou advertência é extraído da correlata vedação imposta ao magistrado, no art. 10 do NCPC, de proferir decisões com base em “*fundamentos*” não submetidos ao contraditório, *in verbis*:

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.

O dever de prevenção, a seu turno, é identificado, entre outros, no art. 321 do NCPC, que assim dispõe:

O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Já a faculdade de esclarecimento está prevista, exemplificativamente, no art. 481 do NCPC, que estabelece que “*O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa*”.

Por fim, a faculdade de auxílio pode ser constatada no art. 773 do NCPC, que afirma que “*o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados*”.

Contudo, deve ser pontuado que, conquanto cunhados pela doutrina nacional e portuguesa como deveres, alguns deles aparentemente melhor se amoldariam ao conceito de poderes para magistrado, porquanto, diante de enunciados normativos carentes de imperatividade – utiliza-se a expressão ‘poderá’, em vez de ‘deverá –’, a eventual inobservância não geraria qualquer violação a um contraposto direito<sup>392</sup>.

Não obstante essa aparência, entende-se que, pelo fato de a cooperação consubstanciar, como visto, verdadeiro subprincípio do contraditório e, ainda, impor mudança de cultura no seio do processo, por meio da qual se condiciona a legitimidade e a legalidade da atuação dos sujeitos do processo a novos paradigmas éticos e democráticos, o enunciado normativo, ainda que mediatamente, gozará de imperatividade e, por isso, poderá ter sua observância exigida pelas partes, sempre que o respectivo descumprimento causar-lhes prejuízo.

De fato, e como exposto no pertinente capítulo, com a constitucionalização do direito, a Constituição e suas normas (princípios e regras) passam a figurar como parâmetro de validade e vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico, tornando-se não apenas um sistema em si, mas também um modo de olhar e interpretar os demais ramos do direito.

Assim, qualquer operação de realização do direito deve envolver a aplicação direta ou indireta da Constituição. Diretamente, quando a pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional; indiretamente, pois (i) a aplicação de uma norma infraconstitucional pressupõe, de maneira implícita ou explícita, uma análise quanto à sua constitucionalidade, e, (ii) na aplicação da norma, o intérprete deve manter olhar atento aos fins constitucionais a serem realizados.

Nesse ambiente, os direitos e garantias fundamentais – veiculados por meio de princípios e de regras – deixam de ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos, reconhecendo-se-lhes, também, feição objetiva, mediante a propagação de efeitos na interpretação e aplicação do direito infraconstitucional em seus mais diversos ramos.

---

<sup>392</sup> “Direito subjetivo é posição jurídica ativa que confere ao seu titular a faculdade de exigir de outro sujeito a prática de um ato, a abstenção de um fato ou o exercício de uma atividade. A todo o direito de um sujeito do processo corresponde a um dever de outro. Os deveres são sujeições passivas a que se submetem determinados sujeitos do processo para atender a direitos de outros sujeitos. Ônus é uma prestação imposta a um determinado sujeito do processo em seu próprio benefício, cujo descumprimento não constitui ato ilícito, porque não viola direito de outro sujeito, mas acarreta para o seu titular uma consequência desfavorável (...) O juiz, ao contrário dos demais sujeitos, não possui ônus, mas apenas poderes, direitos e deveres. Poderes são aqueles atos que o juiz pratica no exercício da autoridade em que foi investido, dentre eles os poderes de decisão, de documentação e de coerção”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 252.

E, como direito fundamental que é, o contraditório, além de uma feição subjetiva, possui essa outra dimensão objetiva, de aplicação imediata<sup>393</sup>, que orienta e condiciona (eficácia positiva e negativa) a atuação dos poderes constituídos, assim como a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional, em particular, das normas processuais.

Impõe-se, assim, ao Poder Judiciário, a adoção de postura que maximize a efetividade da garantia constitucional do contraditório e, conseqüentemente, a sua dimensão cooperativa, evitando a adoção de pronunciamentos e condutas que obstaculizem, desarrazoadamente, o direito dos jurisdicionados à obtenção de provimento jurisdicional justo.

Por isso, o magistrado, agora inserido no contraditório, não pode se furtar a prevenir, auxiliar ou mesmo obter esclarecimentos junto às partes, especialmente quando isso se revelar indispensável ao aperfeiçoamento da atividade judicante e à justiça da decisão de mérito.

Reforce-se: o contraditório, como resultado de suas quatro dimensões, exige que se dê máxima efetividade às regras voltadas à cooperação processual e, em última medida, ao adequado julgamento e satisfação da lide.

Assim, o magistrado, igualmente responsável pela busca da justiça, também deve se empenhar, na medida do razoável<sup>394</sup>, na busca de informações e na correção de distorções representativas no seio do processo. Colocado em outros termos, o magistrado deve “*zelar pelo efetivo contraditório*” (art. 7º do NCPC<sup>395</sup>).

Dessa forma, não se revela consentânea com o dever de cooperação a adoção de posturas omissivas ou que, despreocupadas com a justiça da decisão, se limitem a transferir o ônus do processo, e a sorte pelo seu respectivo desfecho, à exclusiva atuação das partes.

## **2.4. Contraditório participativo e a garantia da razoável duração do processo**

É natural que se avertam, como contraponto à ampliação do contraditório, os riscos de se comprometer a eficiência e a efetividade do processo judicial, especialmente após a edição

---

<sup>393</sup> BRASIL, Constituição de 1988: “Artigo 5º (...) §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

<sup>394</sup> BRASIL, NCPC, Art. 8º: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

<sup>395</sup> BRASIL, NCPC, 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”.

da Emenda Constitucional n. 45/04, que incluiu, entre os direitos fundamentais, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, da CRFB)<sup>396</sup>.

Note-se, contudo, que eficiência, efetividade e celeridade são conceitos que possuem significados e contornos próprios, valendo salientar que processo célere, nem de longe, consubstancia, necessariamente, processo eficiente e efetivo.

A celeridade é apenas um dos elementos que devem ser observados para se avaliar a efetividade e a eficiência da prestação jurisdicional, a qual, evidentemente, deve ser sopesada frente a outros elementos, de igual ou maior importância. Realmente, julgar rápido não é sinônimo de julgar conforme o direito<sup>397</sup>, de sorte que, em determinados casos, a velocidade deverá ser mitigada em prol da boa justiça e do respeito às garantias inerentes ao devido processo legal.

Eficiência compreende, basicamente, a necessidade de a atividade jurisdicional ser sempre prestada com vistas a produzir o máximo de resultado possível, com o mínimo de esforço (relação de custo/benefício)<sup>398</sup>. Desde antes da edição da EC n. 45/04, a prestação jurisdicional, enquanto atividade a cargo do Poder Judiciário, está jungida ao princípio da eficiência, por força do art. 37, *caput*, da CRFB<sup>399</sup>.

Efetividade, a seu turno, compreende a aptidão que o processo tem de promover a coincidência entre o “*dever-ser*” normativo e o “*ser*” da realidade, isto é, a capacidade de alcançar seus objetivos sociais, políticos e jurídicos.

Refere-se, portanto, a aplicação prática da jurisdição. Assim, e como exposto nos capítulos anteriores, reputa-se efetivo o processo que, (i) além de pautado pela estrita observância das garantias fundamentais do processo, (ii) assegure a quem tem direito tudo aquilo, e exatamente aquilo, a que ele faz *jus*.

Infere-se, destarte, que a efetividade se volta mais ao decidir com acerto e, portanto, com justiça, do que ao decidir com rapidez. Da mesma forma, o processo que, embora célere,

---

<sup>396</sup> Agora, reforçado pelo art. 4º do NCPC, que assim dispõe: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

<sup>397</sup> Em igual sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”.

<sup>398</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1, p. 179.

<sup>399</sup> BRASIL, Constituição de 1988. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”.

não assegure o melhor resultado prático possível, também não pode ser adjetivado como eficiente. Há que se perquirir, sempre, o equilíbrio entre segurança e rapidez.

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo<sup>400</sup>.

Forte nessas premissas, a observância do contraditório participativo jamais poderá ser considerado óbice à eficiência e à efetividade processual; pelo contrário, lhe é pressuposto<sup>401/402</sup>, exceto em situações excepcionalíssimas, nas quais o perigo da demora possa patentear ofensa a outro valor ou princípio constitucional que, à luz do caso concreto, e após juízo de ponderação devidamente fundamentado, mereça primazia frente ao contraditório.

Sem prejuízo do exposto, não se pode fechar os olhos para o fato de que, ocasionalmente, poderão ser cometidos abusos na utilização do contraditório, com o conseqüente alongamento indevido da marcha processual.

Contudo, essas distorções não devem, nem podem servir de argumento para infirmar a importância do princípio do contraditório e, assim, justificar sua respectiva mitigação. Para esses casos, frise-se, o ordenamento jurídico disponibiliza ao magistrado medidas sancionatórias, que devem ser aplicadas com rigor<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

<sup>401</sup> “(...) ao contrário da forma como vêm sendo interpretadas por boa parte da doutrina brasileira, a garantia constitucional do contraditório não constitui obstáculo para a obtenção de maior celeridade (e/ou menores custos); pois que um processo sem seu exercício, em que não houve colocação clara (e debates acerca) dos pontos controvertidos), é fonte geradora de um sem-número de recursos (a começar de embargos de declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que, certamente, não auxilia na obtenção de uma razoável duração do processo”. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 116-117.

<sup>402</sup> Ainda sobre o ponto, esclarece Aroldo Plínio Gonçalves que a economia e a celeridade do processo “não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 124-125.

<sup>403</sup> Em igual sentido: RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto de novo CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 232, p. 23, jun. de 2014: “Não se pode menosprezar o fato de que uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo consome, indiscutivelmente, um tempo maior na resolução das questões processuais ou materiais. Por esta razão, o juiz deve sempre estar atento para eventuais abusos cometidos pelas partes na má utilização deste sagrado princípio, aplicando, sempre que necessário, as medidas coercitivas e sancionatórias ofertadas pelo CPC”.

### 3. CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO COMO VEDAÇÃO DE DECISÕES-SURPRESA

#### 3.1. A vedação e os seus respectivos contornos

Demonstrou-se ao longo dos tópicos anteriores que, com a retomada de sua carga axiológica, o contraditório, antes relegado à garantia formal de audiência bilateral (*audiatur et altera pars*), passa a ostentar quatro dimensões bem definidas: instrumento de legitimação democrática, garantia de influência e dever de boa-fé e de cooperação.

Como decorrência dessas quatro dimensões, que consubstanciam o que aqui se cunhou de contraditório participativo, o processo deve ser compreendido como uma comunidade de trabalho, na qual os seus partícipes debatem, leal e ativamente, sobre todas as questões, postas em Juízo, relevantes para o julgamento da lide.

O debate entre os sujeitos do processo, de um lado, “*amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada*”<sup>404</sup>, e, de outro, reforça nas partes a crença de que o órgão judicial se deixou efetivamente influenciar pelos seus respectivos pontos de vista e, conseqüentemente, desperta-lhes maior resignação com o teor do provimento jurisdicional.

Assim, da mesma forma que exige do autor a clara delimitação da causa de pedir e do pedido e do réu que exponha clara, concentrada e amplamente todas as suas razões de defesa, o princípio do contraditório demanda do magistrado igual clareza, amplitude, lealdade e publicidade argumentativa, de sorte a permitir às partes, primeiro, tomarem conhecimento de todas as questões que, porventura, se reputarem relevantes para o julgamento da lide e, segundo, sobre elas se pronunciarem previamente à formação da convicção do julgador<sup>405</sup>.

---

<sup>404</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

<sup>405</sup> “A importância do contraditório no processo é que explica as regras de contenção da atividade decisória do juízo aos limites do pedido (arts. 2º, 128 e 460 do CPC), com proibição de julgamentos não somente fora e além do pedido como – ponto que mais interessa na presente altura – em desacordo com a causa de pedir, consoante os axiomas *ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore e ne eat iudex ultra petita et allegata a partibus*. De fato, o réu deve e pode manifestar-se precisamente sobre os fatos alegados pelo autor (CPC, art. 302, *caput*), diante do pedido deduzido. Já o que o autor não aduz como elemento da causa de pedir ou o que ele não pede –

Sem a observância dessa exigência, inviável falar-se em diálogo e, portanto, em respeito ao contraditório. O processo, ao revés, transformar-se-ia em monólogo, com irremediável prejuízo para sua feição democrática<sup>406</sup>.

Colocando-se em outros termos, o princípio do contraditório, em sua vertente neoconstitucionalista (legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação), não se coaduna com a utilização de questões que surpreendam os litigantes, isto é, com argumentos e qualificações jurídicas acerca dos quais não tenha sido franqueada a possibilidade de debate<sup>407</sup>.

Ora, o Direito Processual não pode ser utilizado como elemento surpresa, a cercar injusta e despropositadamente uma solução de mérito. Com efeito, o Processo Civil muito comumente vem sendo distorcido de forma a prestar enorme desserviço ao Estado Democrático de Direito, deixando de ser instrumento da Justiça, para se tornar terreno incerto, repleto de arapucas e percalços, onde só se aventuram aqueles que não têm mais nada a perder (...)<sup>408</sup>.

O ato de vontade estatal, destarte, não pode simplesmente desconsiderar os argumentos e qualificações jurídicas apresentados pelos litigantes – e sobre os quais centraram seus esforços –, para fundar-se em outros não debatidos, em um verdadeiro e inaceitável “*solipsismo judicial*”<sup>409</sup>.

Especial destaque merecem as questões cognoscíveis de ofício e a possibilidade de requalificação jurídica dos fatos pelo magistrado (*iura novit curia*). Mesmo essas hipóteses, enfatize-se, estão sujeitas ao crivo do contraditório.

Note-se logo, entretanto, que não se propõe aqui, nem o fim do *iura novit curia*, nem a possibilidade de que certas matérias independam da iniciativa da parte. O que se sustenta, sim, é a necessidade de que tanto neste caso, quanto no outro, seja oportunizada às partes a

---

ainda que o pudesse fazê-lo –, não integra o contraditório. Por conseguinte, não tem o réu interesse em discorrer sobre o que não foi suscitado na petição inicial, dada a restrição imposta à cognição do tribunal. Como assentado certa feita pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, ‘só interessa apurar se está ou não provada a causa de pedir que, nos termos dos articulados, se fixou, pois, o tribunal apenas pode tomar conhecimento das questões postas pelas partes, e essas mesmo só no âmbito dos factos por elas articulados’”. MALLETT, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, p. 46, jul. 2014.

<sup>406</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

<sup>407</sup> “Em suma, o diálogo que o magistrado estabelece com as partes, de maneira sempre leal, constitui uma garantia de que elas não serão surpreendidas por uma decisão inesperada, cujos fundamentos não tiveram oportunidade de tomar previamente conhecimento”. SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.136.

<sup>408</sup> BRASIL, STJ, 3ª Turma, MC n. 14.589/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, j. 6.08.2009, DJe 3.09.2008.

<sup>409</sup> FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. V. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 21.jan. 2015.

possibilidade de prévia manifestação. Essa discussão, contudo, será aprofundada no subsequente tópico, destinado à aplicação prática do instituto.

À vista do exposto, é consectário do contraditório a vedação de decisões e sentenças apoiadas em questões<sup>410</sup> que não tenham sido previamente submetidas à manifestação de ambas as partes<sup>411</sup>, sejam elas de fato ou de direito, de ordem pública ou não, cognoscíveis de ofício ou por provocação, de rito ou de mérito.

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. Tudo o que juiz decidir fora do debate já ensaiado às partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício<sup>412</sup>.

Essas decisões, escoradas em questões não submetidas ao contraditório, são denominadas pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente a europeia, de “*decisões-surpresa*”, “*decisões-solitárias*” ou, ainda, “*decisões de terceira via*”.

Não obstante sua decorrência lógica do contraditório, diversos ordenamentos jurídicos, cientes da importância de se assegurar o diálogo sobre todas as questões do processo, expressamente consignam a vedação de decisões-surpresa, cominando-as nulas.

Nesse sentido, são exemplos emblemáticos o §139 da ZPO alemã<sup>413</sup>, o art. 16 do *Code de Procédure Civile* francês<sup>414</sup> e o art. 3º, 3, do Código de Processo Civil português<sup>415</sup>.

<sup>410</sup> “Questão é toda controvérsia que se constitui no bojo de um processo. Controvérsia a respeito de fato (questão de fato) ou relativa a direito (questão de direito)”. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 3, p. 454. As questões podem ser prévias e principal, sendo as questões prévias divididas em preliminares e prejudiciais. Sobre o ponto, confira-se: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 507.

<sup>411</sup> Segundo Nelson Nery Junior, “a proibição de haver decisões-surpresa no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222.

<sup>412</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 125.

<sup>413</sup> ALEMANHA, Código de Processo Civil, art. 139: “(1) *To the extent required, the court is to discuss with the parties the circumstances and facts as well as the relationship of the parties to the dispute, both in terms of the factual aspects of the matter and of its legal ramifications, and it is to ask questions. The court is to work towards ensuring that the parties to the dispute make declarations in due time and completely, regarding all significant facts, and in particular is to ensure that the parties amend by further information those facts that they have asserted only incompletely, that they designate the evidence, and that they file the relevant petitions.* (2) *The court may base its decision on an aspect that a party has recognisably overlooked or has deemed to be insignificant, provided that this does not merely concern an ancillary claim, only if it has given corresponding notice of this fact and has allowed the opportunity to address the matter. The same shall apply for any aspect*

Em todos esses diplomas veda-se a prolação de decisões-surpresa, ainda que se tratem de matérias cognoscíveis de ofício.

A ZPO alemã chega mesmo a estabelecer o dever de alerta para o magistrado (no artigo prevê-se que “*the court is to draw the parties’ attention to its concerns regarding any items it is to take into account ex officio*”), o qual deverá ser realizado com a maior brevidade possível e devidamente registrado nos autos do processo<sup>416</sup>.

Infere-se disso, portanto, que o §139 da ZPO, ao lado da vedação de decisões-surpresa (vertente negativa), impõe ao magistrado o dever de estimular, indicar, orientar, apresentar às partes os pontos que, por reputar relevantes, devem ser objeto de manifestação e de dilação probatória (vertente positiva).

A importância de estabelecer-se o dever de alerta para o magistrado é evidente, especialmente na seara probatória – embora não seja o único caso –, na qual, não raras as vezes, os advogados se vêem no dilema de saber os fatos que, na visão do magistrado, ainda carecem de confirmação.

Exigir-se, assim, como feito pelo direito alemão, que o magistrado advirta o litigante, que suporta o *onus probandi*, acerca da necessidade de dilação probatória sobre determinado

*that the court assesses differently than both parties do. (3) The court is to draw the parties’ attention to its concerns regarding any items it is to take into account ex officio. (4) Notice by the court as provided for by this rule is to be given at the earliest possible time, and a written record is to be prepared. The fact of such notice having been given may be proven only by the content of the files. The content of the files may be challenged exclusively by submitting proof that they have been forged. (5) If it is not possible for a party to immediately make a declaration regarding a notice from the court, then the court is to determine a period, upon the party having filed a corresponding application, within which this party may supplement its declaration in a written pleading”. Disponível em: < <http://direitoalemao.com/leis/>>. Acesso em 20 jun. de 2015.*

<sup>414</sup> FRANÇA, Código de Processo Civil, art. 16: “*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d’en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*”. Em tradução livre: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório. Não pode considerar, na sua decisão, os pontos, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que tenham sido objeto de debate em contraditório. Não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações”.

<sup>415</sup> PORTUGAL, Código de Processo Civil, art. 3º, 3: “(…) O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

<sup>416</sup> Segundo interessante apontamento feito pelo doutrinador português Lebre de Freitas: “regula a ZPO que o juiz deve, nomeadamente, solicitar esclarecimento ou o completamento de alegações de fato ambíguas ou incompletas, promover a alegação de todos os fatos relevantes com interesse para a causa, fixar com as partes o sentido dos conceitos de direito por elas utilizados (a fim de determinar divergências que possam levar à necessidade de alegar os fatos que neles se subsumem, pois que, não sendo controvertido um conceito de direito da linguagem vulgar que não constitua *‘thema decidendum’* essa alegação pode ser dispensada), dar a conhecer as partes e com elas discutir as possibilidades de solução do pleito, quer no plano da apreciação da prova, quer no do direito a aplicar (prevenindo decisões-surpresa) e, excepcionalmente, aconselhar as partes à alteração da causa de pedir ou do pedido (de modo a evitar a propositura duma segunda ação)”. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais à luz do Código Revisto*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996, p. 152.

ponto controvertido é medida que, acima de tudo, denota boa-fé e preocupação com a efetividade do provimento jurisdicional.

A prática brasileira, contudo, evidencia que é usual pretensões serem julgadas improcedentes por falta de provas do direito alegado, nas quais o magistrado, despreocupado com a justiça da decisão, limita-se a afirmar que o autor não se desincumbiu adequadamente do ônus de provar o fato constitutivo do seu respectivo direito.

O mesmo se passa com a requalificação jurídica dos fatos. A prática também corrobora a costumeira desatenção do órgão judicante para com os fundamentos legais do pedido e, mesmo, com a causa de pedir próxima<sup>417</sup>, da qual resulta a prolação de decisões desconectadas do contraditório, as quais, a bem da verdade, consubstanciam apenas o convencimento solitário do magistrado.

É comum, nesse sentido, que advogados sejam surpreendidos na tribuna, quando da realização de sustentações orais, por decisões que sacam preliminares de ofício, jamais suscitadas nos autos, nem mesmo na sentença. E, para piorar, que somente são apresentadas aos advogados depois das respectivas sustentações orais<sup>418</sup>.

O CPC francês, a seu turno, enfatiza que não poderão ser considerados na decisão quaisquer pontos, explicações ou mesmo documentos, a menos que submetidos ao “*debate em contraditório*”.

---

<sup>417</sup> “A doutrina brasileira ensina que a causa de pedir se compõe dos fatos e dos fundamentos jurídicos apontados pelo autor na petição inicial, sendo um dos seus requisitos legais (art. 282, III, do CPC). Os fatos são a causa de pedir remota (...) O fundamento jurídico é o direito material do autor que resulta dos fatos; é o que justifica o pedido, a providência jurisdicional para a apropriação do bem da vida. É a causa de pedir próxima (...). É preciso não confundir o fundamento jurídico do pedido com o dispositivo legal em que o autor pretende respaldar o seu pedido. O fundamento jurídico não é determinado dispositivo legal, mas o próprio direito subjetivo material do autor que resulta de um ou mais dispositivos legais, que até, às vezes, podem não estar corretamente indicados pelo autor ou terem sido por ele inteiramente omitidos”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 201.

<sup>418</sup> Para remediar-se esse e outros problemas, o art. 7º, IX, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB) assegurava ao advogado “sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido”. Esse dispositivo, no entanto, foi declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal, que, na oportunidade, adotou entendimento contrário ao aqui defendido: entendeu que o magistrado não está inserido no contraditório. No voto do relator para o acórdão, Ministro Ricardo Lewandowski, assentou-se que: “(...) Em primeiro lugar, estou convencido, também, que o contraditório se estabelece entre as partes. Caso se estabeleça com o relator, isso poderá causar uma inversão tumultuária do procedimento. Em segundo lugar, vejo nesse dispositivo, tal como está redigido, uma certa contradição até de ordem lógica, porque sustentar oralmente as razões de qualquer recurso pressupõe que essa sustentação se faça antes da oferta da prestação jurisdicional”. BRASIL, STF, ADI n. 1105-7/DF; Rel. p/ac. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 17.05.2006, plenário, DJe 02.06.2010. Diante do que vem sendo longamente exposto no presente trabalho, entende-se que, em prol da máxima efetividade do princípio do contraditório, essa orientação deveria ser revista, mesmo porque, até que proclamado o resultado do julgamento, com a coleta de todos os votos, o relator pode alterar o seu voto.

Em igual sentido<sup>419</sup>, o CPC português, que, no entanto, dispensa a exigência quando “*manifesta a desnecessidade*”.

A ressalva portuguesa é oportuna.

A vedação à decisões-surpresa não se presta a transformar o processo em um campo para análise teórica e hipotética de questões jurídicas, desprovidas de qualquer utilidade prática e com grave prejuízo para a efetividade do processo e para imparcialidade e independência do órgão julgador<sup>420</sup>.

Nesse caminhar, ressoa adequado condicionar-se o dever de alerta, como feito pelo legislador português, às questões que potencialmente sirvam de premissa ou fundamento para a solução da controvérsia, isto é, somente às questões que possivelmente poderão compor a *ratio decidendi*.

Justamente por isso, frisou o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, quando do julgamento do processo n. 0961/05, em 30.11.2005, pela 1ª Subseção do Conselho Administrativo, relator o Juiz Conselheiro Rui Botelho, que apenas as “*questões relevantes*” devem ser previamente ouvidas, *in verbis*:

O princípio do contraditório impõe que as partes no processo sejam previamente ouvidas sobre todas as questões relevantes a decidir, sob pena de as decisões emitidas poderem constituir uma decisão surpresa<sup>421</sup>.

Dessa forma, estão excluídos do *necessário* dever de alerta as questões acessórias ou referidas como *obiter dictum* na decisão, porquanto, sozinhas, não são capazes de interferir no resultado da lide.

Disso, parece poder extrair-se a necessidade de apontar-se, concretamente – e não em abstrato –, o prejuízo sofrido com a decisão-surpresa, inclusive, se for o caso, com a indicação

---

<sup>419</sup> A esse respeito, pode-se fazer referência à seguinte decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “(...) na medida em que a solução jurídica aportada pela sentença (a possibilidade de se considerar que existe um segundo momento com relevância jurídica para determinar a licitude do acionamento da garantia bancária) – e que não é posta em causa no acórdão recorrido – não foi sequer ponderada pelas partes, a decisão está também em clara violação ao princípio do contraditório e proibição de decisões-surpresa”. PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, 7ª Secção, Processo n. 20.900/01, j. 06.03.2014. Rel. Silva Gonçalves. Disponível em: <www.stj.pt>. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>420</sup> “As perspectivas ora trabalhadas, de leitura dinâmica do contraditório, não podem ser vislumbradas com um objetivo protelatório e formalista pela parte que sucumbiu nas decisões, pois a análise do contraditório há muito deixou de possibilitar uma mera enunciação formal”. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 126.

<sup>421</sup> Supremo Tribunal Administrativo. Disponível em: <http://www.stadministrativo.pt/>. Acesso em 20 jun. 2015.

da atividade processual que poderia ter sido realizada se tivesse sido provocada a discutir a questão<sup>422</sup>.

Passando-se do plano internacional para o nacional, o problema da proibição de decisões surpresa foi, inicialmente, sentido na seara penal, campo em cuja atuação *ex officio* do magistrado revela-se deveras intensa e no qual, portanto, sempre se exultou a importância do contraditório.

Para reforçar essa afirmação, é curioso realçar, tal como já feito linhas acima, que a Constituição anterior somente fazia referência à necessidade de observância do contraditório no direito penal.

Nessa linha, o Código de Processo Penal, desde a sua promulgação, trouxe previsão voltada a evitar-se que as partes fossem colhidas de surpresa, com irremediável e evidente prejuízo para o contraditório e, assim, para o direito de defesa.

Essa previsão consta do art. 384 do CPP, cuja redação atual<sup>423</sup> assim dispõe:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código.

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento.

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo.

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento.

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

Observe-se, ainda, que essa preocupação também ensejou a edição do verbete n. 712 da Súmula de Jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “*é nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa*”.

<sup>422</sup> Em igual sentido decidiu a Corte de Cassação italiana, no item 2.1 da sentença n. 21.108, de 31.12.2005. Roma, jun. 2005. Disponível em: < cortedicassazione.it >. Acesso em 20 jun. 2015.

<sup>423</sup> Antes da alteração promovida pela Lei n. 11.719/08, esta era a redação do art. 384: “Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas”. BRASIL, CPP, art. 384.

Por sua vez, o atual Código de Processo Civil, editado em 1973 – portanto, em data anterior à promulgação da Constituição da República –, não contemplou igual previsão específica de vedação de decisões-surpresa.

Não obstante isso, doutrina de peso jamais considerou essa omissão do legislador infraconstitucional como óbice a essa vedação no processo civil, pois, como visto, ela é decorrência natural e direta do princípio do contraditório, o qual, como notório, é textualmente albergado em nossa Carta Constitucional<sup>424</sup>.

Tratando-se de ofensa ao direito fundamental do contraditório, desnecessária a previsão da lei infraconstitucional a respeito da consequência da referida ofensa. A nulidade resulta, portanto, como consequência da atuação do preceito constitucional<sup>425</sup>.

Da mesma forma, a ausência de previsão na legislação infraconstitucional jamais se apresentou como óbice a que as Cortes nacionais, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, assentassem a vedação de decisões-surpresa, extraindo-a diretamente do princípio do contraditório.

Embora se destine nesta dissertação um capítulo específico à aplicação prática da vedação de decisões-surpresa, no qual será abordada a necessidade de observar-se o dever de alerta para (i) julgamento de agravos internos, (ii) a aplicação da regra *iura novit curia*, e (iii) a dinamização do ônus da prova, pode-se apontar, desde logo, a título ilustrativo, o acórdão proferido pelo STJ, quando do julgamento do REsp 496348.

Naquela oportunidade, consignou a e. Corte Superior de Justiça que os fundamentos utilizados pelo juízo de primeira instância, e confirmados pelo Tribunal de Justiça, para julgar procedentes os embargos opostos à execução fiscal promovida pelo INMETRO com o propósito de cobrar multas, não teriam sido objeto de contraditório, pois não suscitados sequer pelo próprio embargante. Entendeu-se, com base nisso, que as decisões impuseram surpresa ao INMETRO e, destarte, seriam nulas.

“PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO “EXTRA PETITA”.

1. Há violação aos arts. 2º, 128 e 460 do CPC quando o julgado profere decisão fora dos limites em que foi proposta.
2. Há vedação expressa de serem conhecidas pelo juiz questões não suscitadas durante a lide, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

---

<sup>424</sup> Em igual sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44. Cite-se, ainda, André Pagani de Souza, que, sobre o ponto, acrescenta que a existência de uma regra específica é de todo prescindível no direito brasileiro, porquanto decorre da interpretação combinada do inciso LV e do §1º do art. 5º da Constituição da República, que arrolam o princípio do contraditório como direito fundamental e, enquanto tal, dispões de aplicabilidade imediata (SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137).

<sup>425</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 225-226.

3. Autuação feita pelo INMETRO que foi discutida pela empresa sob a única alegação de a falta não ter sido cometida. Sentença que, impondo surpresa às partes, decide pela impossibilidade legal de o INMETRO, em face da Lei 5.966/73, impor multa.
4. A validade e eficácia da Lei 5.966/73 não foram suscitadas pela embargante, pelo que sobre esse assunto houve omissão de pronunciamento do INMETRO, parte embargada.
5. Recurso provido para anular o acórdão recorrido e a sentença<sup>426</sup>.

A esse entendimento jurisprudencial<sup>427</sup> veio a agregar peso o NCPC, que, impregnado pelos valores e pelas normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República<sup>428</sup>, passou a tratar especificamente do assunto, nos moldes das legislações processuais mais desenvolvidas da atualidade.

Nesse diapasão, previu, inicialmente, no art. 9º, que “*não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*”.

Ou seja, fixou-se a obrigatoriedade de observância do contraditório prévio, excetuada, apenas e excepcionalmente, nas situações descritas no respectivo parágrafo único, a saber: (i) concessão de tutela provisória de urgência; (ii) as hipóteses de tutela de evidência e, mesmo assim, apenas quando (a) as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, e quando (b) se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; e, por fim, (iii) às decisões em que, sendo evidente o direito do autor, o juiz deferir a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa<sup>429</sup>.

Com essas exceções procurou-se deixar claro que o princípio do contraditório pode ser excepcionalmente diferido quando, à luz do caso concreto, merecerem primazia outros

<sup>426</sup> BRASIL, STJ, 1ª Turma REsp. n. 496.348/PR. Rel. Ministro José Delgado, j. 04.09.2003, DJ 20.10.2003, p. 199.

<sup>427</sup> Além dessa decisão, pode ser citada outra: BRASIL, STJ, 1ª Turma, REsp n. 153.828/SP. Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, j. 1º.12.1998, DJ 1º.03.1999, p. 229: “PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECISÃO “A QUO” FUNDAMENTADA. CANCELAMENTO DO REGISTRO E MATRÍCULAS DOS IMÓVEIS, “DE OFFÍCIO”. IMPOSSIBILIDADE (...) Nega vigência ao art. 252 da Lei n. 6.015/73, a decisão jurisdicional que determina, ‘de ofício’ (no âmbito de expropriatória indireta), o cancelamento de registro imobiliário, sem suporte em pedido expresso da parte interessada e sem o devido asseguramento ao titular do domínio, o contraditório e a ampla defesa, apanhando-o de surpresa”.

<sup>428</sup> BRASIL, NCPC, art. 1º: “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”.

<sup>429</sup> BRASIL, NCPC, § único do art. 9º: “Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701”.

princípios e garantias também tutelados pela ordem constitucional. Reforce-se, por necessário, que, mesmo nesses casos, o contraditório deverá ser observado; apenas não o será previamente à decisão<sup>430</sup>.

Pontuada essa premissa, disciplinou o NCPC, no subsequente art. 10, a vedação às decisões-surpresa, *in verbis*: “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”<sup>431</sup>.

Chama a atenção, desde logo, no enunciado normativo, a referência a “*fundamento*”.

Sobre esse ponto, embora elogie o artigo, o professor Leonardo Greco enfatiza que ele:

(...) deveria ser aperfeiçoado para incluir, ao lado dos novos fundamentos, quaisquer novas questões, porque não basta impedir a invocação pelo juiz de fundamentos não apreciados de questões debatidas. É preciso estender o contraditório também às questões não apreciadas<sup>432</sup>.

Concorda-se com Leonardo Greco sobre a necessidade de serem previamente submetidas à manifestação das partes quaisquer questões, de fato ou de direito, relevantes para o julgamento da lide.

Todavia, não se entende que a expressão “*fundamentos*”, utilizada no enunciado normativo, restrinja essa compreensão ou mereça aperfeiçoamento, pois a interpretação sistemática e, também, a teleológica da norma não permite conclusão diversa.

Primeiro, pois a *ratio* subjacente à norma é a de preservar o contraditório, evitando colher as partes de surpresa. Assim, não faz sentido interpretar-se o enunciado normativo de forma a limitar ou mesmo contrariar essa finalidade,

<sup>430</sup> Embora sob a ótica do CPC de 1973, esclarece André Pagani de Souza, em lição de todo aplicável ao NCPC, que: “Nesses casos, o princípio do contraditório cede episodicamente espaço para que o princípio da efetividade e por vezes para que o princípio da eficiência preponderem, sendo certo que tal preponderação de princípios somente é válida se a atuação do contraditório for assegurada *a posteriori*” (SOUZA, André Pagani de. Vedação de decisões-surpresa no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145).

<sup>431</sup> Para José Rogério Cruz e Tucci, o “art. 10 veda, com todas as letras, o ‘fundamento surpresa’ (...) Essa regra, que além de robustecer o princípio do contraditório, assimila a moderna exigência de cooperação entre os protagonistas do processo (...)” (TUCCI, José Rogério Cruz. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC. Disponível em: <[http://www2.bibliotecadigital.lex.com.br/bibliotecadigital/rdb.dll/Infobase6/31f4/33d1/33d7/33d8/33dc?f=temp\\_lates&fn=document-frame.htm&2.0#JD\\_DoutrinaRLDB49-3](http://www2.bibliotecadigital.lex.com.br/bibliotecadigital/rdb.dll/Infobase6/31f4/33d1/33d7/33d8/33dc?f=temp_lates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_DoutrinaRLDB49-3)>. Acesso em abril de 2015.

<sup>432</sup> GRECO, Leonardo. Breves comentários aos primeiros 51 artigos do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado 166/2010). In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. VI, p. 97. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “excelente é o artigo 10, que consagra a chamada proibição dos julgamentos de surpresa, em que o juiz invoca fundamento que as partes não tiveram a oportunidade de discutir. Entretanto, o princípio igualmente entra em choque com a rejeição liminar da demanda (art. 317) e, a meu ver, deveria ser aperfeiçoado para incluir, ao lado dos novos fundamentos, quaisquer novas questões, porque não basta impedir a invocação pelo juiz de fundamentos não apreciados de questões debatidas. É preciso estender o contraditório também às questões não apreciadas”.

Segundo, porque o art. 489 do NCPC<sup>433</sup> fixa como elementos essenciais da sentença, além do relatório e do dispositivo, os fundamentos, assim compreendido o tópico da decisão “*em que o juiz analisará as questões de fato e de direito*”.

Nesse sentido, a expressão “fundamento”, utilizada no art. 10, deve ser interpretada como todas as questões de fato e de direito que consubstanciem os fundamentos da decisão, isto é, que conduzem à conclusão lançada na parte dispositiva.

A despeito da discussão, e mesmo para aqueles que, como Leonardo Greco, entendem ter havido lapso no art. 10, não é demais frisar que, por ser consectário natural do princípio do contraditório, também é vedada, de *lege lata*, a prolação de decisões com base em quaisquer questões não debatidas.

Dessa forma, e no pior dos cenários, o artigo seria passível de interpretação conforme à Constituição, para o fim de estender-se a vedação de surpresas as questões de fato e de direito não submetidas ao crivo do contraditório.

Releva notar, por outro lado, que o art. 10 do NCPC, com todas as vênias, peca ao deixar de adotar igual ressalva à constante do art. 3º, do Código de Processo Civil português (“*salvo caso de manifesta desnecessidade*”), consistente na vinculação da vedação às questões necessárias à decisão, ou seja, a *ratio decidendi*.

De todo o modo, novamente a interpretação sistemática e teleológica da norma do art. 10 do NCPC conduz a semelhante entendimento, porquanto todo o sistema de nulidades do Código de Processo Civil – tanto o de 1973, quanto o de 2015 –, é estruturado para buscar, na máxima medida possível, o aproveitamento dos atos processuais, especialmente aqueles que não causem prejuízo à parte, hipótese bem sintetizada no brocardo *pas de nullité sans grief*.

Tendo em vista a complexidade do fenômeno processual, as irregularidades ocorrem a todo o instante. Para evitar que elas acabem sempre comprometendo o instrumento, é preciso identificar as situações em que essa consequência revela-se realmente inevitável.

Quanto menos nulidades, melhor. A nulidade processual rege-se sempre pela ideia do prejuízo<sup>434</sup>.

Assim, a vedação de decisões-surpresa e o correlato dever de advertência devem estar delimitados às questões pertinentes a *ratio decidendi*.

Ponto positivo do enunciado normativo é a explicitação de que a vedação de decisões-surpresa se estende, não apenas ao primeiro grau de jurisdição, mas a qualquer deles,

<sup>433</sup> BRASIL, NCPC, Art. 489: “São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; e III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

<sup>434</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 422.

inclusive para os Tribunais Superiores, assim como que se deve observar, a exemplo do que ocorre na Alemanha, na França e em Portugal, o contraditório prévio mesmo nas questões passíveis de cognição *ex officio*.

Conquanto o ordenamento positivo já assegurasse às partes a vedação de decisões-surpresa, a alteração promovida pelo NCPC veio a explicitá-la sobremaneira, em medida que, longe de ser redundante, evidencia a preocupação do legislador com a efetividade do princípio do contraditório, ao qual, não é demais dizer, se destinaram 3 (três) artigos, de um total de 12 (doze), do capítulo introdutório, voltado a fixar as normas fundamentais do processo.

### 3.2. Nulidade das decisões-surpresa

Enquanto norma jurídica que consubstancia dever imposto ao magistrado, a vedação às decisões-surpresa demanda sejam estabelecidas as correlatas sanções para o respectivo descumprimento, pois, do contrário, de dever, converter-se-ia em mera recomendação, desprovida de qualquer efetividade e exigibilidade pelas partes.

Nesse cenário, convém ser repisado que a vedação às decisões-surpresa possui substrato direto no princípio do contraditório, o qual, na medida em que destinado a conferir efetividade ao processo, permitindo-lhe alcançar seus objetivos sociais, políticos e jurídicos, está fora da disponibilidade das partes.

Insera-se o princípio do contraditório, portanto, naquilo que se convencionou chamar de ordem pública processual, cuja observância é pressuposto para o adequado exercício da jurisdição, transcendendo, por isso, a esfera dos interesses das partes.

As normas de direito processual são de direito público pelo fato de regerem relações com o Estado, estando este no exercício do poder. Isso não quer dizer que todas elas sejam de *ordem pública*. São de ordem pública todas as normas (processuais ou substanciais) referentes a relações que transcendam a esfera de interesses dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam mas fazendo-o com atenção ao interesse da sociedade como um todo, ou ao *interesse público* (...). Como critério geral, são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes<sup>435</sup>. (Itálico no original).

---

<sup>435</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 71

De fato, é interesse do Estado, detentor do monopólio da função jurisdicional, que as garantias fundamentais do processo sejam efetivamente observadas – como, aliás, todas as normas jurídicas –, especialmente porque, como visto, sob o enfoque neoprocessualista, o acesso à justiça deve necessariamente compreender o acesso à ordem jurídica justa, a qual, nas palavras de Michele Taruffo, pressupõe não apenas a correta interpretação da norma jurídica e a adequada apuração dos fatos relevantes, como também, e principalmente, a utilização de procedimento válido e justo<sup>436</sup>.

Ademais, a observância de um rito minimamente predefinido, no qual se assegurem os valores e princípios constitucionalmente albergados, ao lado de conferir previsibilidade e, portanto, segurança jurídica às partes, outorga legitimidade à atuação e às decisões do Poder Judiciário.

Dessa forma, compreendido o princípio do contraditório como norma inerente à ordem pública processual – do qual, por sua vez, se extrai a vedação à decisões-surpresa –, contata-se, sem maiores dificuldades, que a respectiva violação acarretará a nulidade dessa espécie de decisão, assim como a eventual responsabilização do magistrado, por violação ao art. 133 do CPC<sup>437/438</sup>.

Trata-se de nulidade de natureza processual, isto é, de nulidade por *error in procedendo*, de sorte a que, mesmo que no mérito o órgão judicial tenha julgado com acerto, ainda assim persistirá o vício.

Realmente, o magistrado que solucione a lide com base em questões não submetidas ao contraditório não estará, necessariamente, julgando o mérito com desacerto. Estará, sim, descumprindo uma regra processual, com violação ao devido processo legal. Nesse caso,

---

<sup>436</sup> TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: *sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

<sup>437</sup> BRASIL, CPC, Art. 133: “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no n. II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias”. O art. 143 do NCPC manteve a redação dos incisos. Alterou, apenas, a redação do parágrafo único, para afastar a exigência na hipótese do inciso I (atuação com dolo ou fraude).

<sup>438</sup> Em igual sentido: MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. In: WAMBIER, Teresa Arruda Avim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo, v. 194, p.56-68, abr. 2011, p. 64. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 225. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009, p. 135. MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Avim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, p. 61, jul. 2014. SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 153.

como bem apontado por Estevão Mallet, “o vício não decorre do resultado, mas do meio para se alcançá-lo, incompatível com as garantias constitucionais conferidas aos litigantes”<sup>439</sup>.

Configura a decisão-surpresa, em síntese, prejuízo de índole processual, decorrente da simples inobservância do princípio do contraditório e de suas quatro dimensões. E, em razão disso, essa decisão será, em princípio, nula<sup>440</sup>.

Diz-se em princípio, porque o contraditório não é um fim em si próprio, não é um valor absoluto. Ao revés, sua tutela somente se justifica *si et in quantum* voltada a alcançar os escopos do processo.

Logo, não se pode afirmar, aprioristicamente, que a decisão-surpresa não será passível de convalidação, pois poderá haver hipóteses nas quais, em juízo de ponderação, e à luz do caso concreto, a exigência mereça ceder ou ser mitigada – como, por exemplo, ao assegurar-se o contraditório diferido nas antecipações de tutela concedidas *inaudita altera parte*.

Da mesma forma, e como dito linhas acima, todo o sistema de nulidades do Código de Processo Civil (novo e antigo) é estruturado para buscar, na máxima medida possível, o aproveitamento dos atos processuais, devendo observar-se a instrumentalidade das formas e a exigência de demonstração do prejuízo (*pas de nullité sans grief*), o qual usualmente será ínsito à indevida limitação da participação no processo<sup>441</sup>.

De fato, como a nulidade está desconectada do julgamento de mérito, não há necessidade de se perquirir se, com a eventual manifestação prévia da parte, inclusive com dilação probatória, haveria alteração do julgamento de mérito<sup>442</sup>. Basta a demonstração de que a parte foi prejudicada por ter sido impedida de participar ativamente do processo e, assim, influir eficazmente na convicção do magistrado.

Não se pode admitir, em contraponto, a decretação de nulidade se, da análise do processo, verificar-se que não houve prejuízo ou, ainda, que fora garantido à parte supostamente prejudicada a isonômica possibilidade de manifestação, ainda que ela não o

<sup>439</sup> MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Avim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, p. 61, jul. 2014.

<sup>440</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 225: “Caso o juiz decida de ofício, sobre questão de ordem pública não submetida previamente ao exame das partes, essa decisão será nula por violação do princípio do contraditório. É certo que, ao decidir questão de ordem pública sem ouvir previamente as partes, o juiz beneficiará uma delas e prejudicará a outra, razão por que essa decisão-surpresa terá ofendido a paridade de armas e será, portanto, nula”.

<sup>441</sup> Em igual sentido, SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155.

<sup>442</sup> Nesse sentido, MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Avim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, p. 61, jul. 2014: “Se, como se procurou mostrar ao longo dos itens anteriores, a prolação de decisão-surpresa infringe as garantias do contraditório e do devido processo legal, pouco importa não tenha sido deferido algo diverso do pedido. Mesmo que o resultado final seja o que foi postulado, a nulidade permanece. O vício não decorre do resultado, mas do meio para se alcançá-lo, incompatível com as garantias constitucionais conferidas aos litigantes”.

tenha feito. Nesses casos, não haverá cerceamento de defesa ou ofensa ao contraditório, impondo-se o aproveitamento do ato, por ausência de prejuízo.

Esse fenômeno ocorre, aliás, com praticamente todos os atos processuais. A inexistência ou a nulidade absoluta de qualquer deles somente serão relevantes se causarem prejuízo às partes ou aos valores tutelados pelo sistema processual<sup>443</sup>.

Enfatize-se, por outro lado, que, justamente por ensejar violação à norma de ordem pública processual, a nulidade proveniente da decisão-surpresa, via de regra, não estará sujeita à preclusão<sup>444</sup>, podendo ser alegada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, nem estará reservada à iniciativa das partes, podendo ser conhecida de ofício<sup>445</sup>.

Sobre o ponto, deve ser notado ainda que, nas instâncias ordinárias, jamais haverá preclusão para a parte ou óbice ao conhecimento de ofício da nulidade pelo Tribunal de Justiça. Obviamente que, em ambos os casos, exige-se que se permita a prévia manifestação da parte eventualmente prejudicada com a decisão que reconhecer a nulidade, sob pena de, em não se observando essa exigência, encerrar-se nova decisão-surpresa.

Todavia, o mesmo não se passa com as instâncias extraordinárias, situadas em Brasília, em especial o STF e STJ, cujas respectivas competências recursais usualmente não prescindem do prequestionamento<sup>446</sup>, o qual se afigura como requisito de admissibilidade recursal derivado dos arts. 102, III<sup>447</sup>, e 105, III<sup>448</sup>, da Constituição da República.

Nesses casos, por força do prequestionamento, a nulidade da decisão-surpresa deverá ser necessariamente suscitada nas alegações do recurso especial e extraordinário e, mais do que isso, ter sido debatida no acórdão recorrido.

---

<sup>443</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 489.

<sup>444</sup> Em igual sentido, SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155. Em sentido contrário, entendendo que a nulidade não carece de manifestação da parte prejudicada na primeira oportunidade em que falar nos autos, sob pena de preclusão, confira-se MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Avim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, p. 63, jul. 2014.

<sup>445</sup> Em sentido semelhante, BRASIL, STJ, 3ª Turma, AgRg no REsp. n. 1.377.422/PR. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.04.2015, Dje 17.04.2015: “Nos termos da jurisprudência desta Corte as matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação, ainda que a parte não tenha interposto o recurso de agravo”.

<sup>446</sup> Exceção feita ao recurso ordinário previstos nos arts. 102, II, e 105, II, da Constituição Federal.

<sup>447</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

<sup>448</sup> BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 105: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Sobre esse ponto, cumpre ser esclarecido que, em conformidade com o verbete n. 456 do STF (“o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o Direito à espécie”), a jurisprudência tradicional do STJ sustentava que, por força do efeito translativo, uma vez admitido e julgado o recurso especial, a decisão recorrida poderia ser anulada ou reformada, sendo que, neste último caso, o Tribunal re julgaria a causa, com a análise de todas as questões necessárias à aplicação do direito à espécie. Colocando-se em outros termos, conhecido o recurso, o STJ poderia apreciar de ofício questões de ordem pública, ainda que não prequestionadas. Exemplo desse entendimento está estampado no REsp 885.152/RS<sup>449</sup>.

Todavia, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 999.342/SP, em 2011, a Corte Especial do STJ firmou orientação em sentido diametralmente oposto, isto é, no de que “as questões de ordem pública apenas podem ser conhecidas, caso atendido o requisito do prequestionamento”<sup>450</sup>.

Assim, sob a perspectiva dessa atual orientação, caso o Tribunal de Justiça, mesmo instado a tanto, não tenha debatido a tese envolvendo a nulidade da decisão-surpresa, e a parte prejudicada tenha deixado de opor os indispensáveis embargos de declaração para o

---

<sup>449</sup> STJ, 1ª Turma, REsp 885.152/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06/02/2007, DJ 22/02/2007, p. 171: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE, SUPERADO O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE, SE VERIFICAR QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO EMITIU JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA COM A DEMANDA PROPOSTA. 1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem. 2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ). 3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, o regular processamento da causa, é cabível, uma vez superado o juízo de admissibilidade do recurso especial, conhecer, mesmo de ofício, a matéria prevista no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. 4. No caso dos autos, o acórdão recorrido não tem relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Decidiu sobre a responsabilidade pela apresentação dos extratos das contas vinculadas ao FGTS em Juízo, enquanto a pretensão recursal posta na apelação discute a possibilidade de o magistrado rejeitar liminarmente embargos à execução cuja inicial venha desacompanhada dos cálculos dos valores que a embargante entende devidos, sem que lhe seja oportunizada a apresentação de emenda. 5. Recurso especial conhecido para, de ofício, declarar a nulidade do acórdão que julgou a apelação”.

<sup>450</sup> STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 999.342/SP, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 24/11/2011, DJe 01/02/2012: “PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FATO NOVO. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. No âmbito dos embargos de divergência, não é possível modificar a base fática da controvérsia, sendo irrelevantes as alterações ocorridas posteriormente ao julgamento do recurso especial. Matéria pacificada pela Corte Especial. 2. Segundo a firme jurisprudência do STJ, na instância extraordinária, as questões de ordem pública apenas podem ser conhecidas, caso atendido o requisito do prequestionamento. Aplica-se, no caso, o óbice da Súmula 168/STJ. 3. Agravo regimental não provido”.

prequestionamento da matéria<sup>451/452</sup>, a alternativa remanescente será o ajuizamento de ação rescisória<sup>453</sup> com fundamento na violação a “*literal dispositivo de lei*”<sup>454/455</sup>, ou, conforme art. 966, V, do NCPC, na violação manifesta à “*norma jurídica*”<sup>456</sup>.

O NCPC, no entanto, resgata, no art. 1.034<sup>457</sup>, a orientação constante do verbete nº 456 da Sumula do STF, para admitir que o conhecimento de questões cognoscíveis de ofício está inserido no efeito translativo do recurso. Dessa forma, a orientação atualmente adotada provavelmente será revista com a entrada em vigor do NCPC.

Um último ponto é digno de nota.

O Supremo Tribunal Federal sempre adotou posicionamento restritivo quanto ao cabimento de recursos extraordinários fundados em violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sob o argumento de que, nesses casos, estaria configurada, quando muito, ofensa meramente reflexa à Constituição da República, porquanto sua eventual caracterização dependeria de exame prévio de norma infraconstitucional<sup>458</sup>.

Esse posicionamento, entretanto, coloca em risco a própria efetividade e intangibilidade do princípio fundamental do contraditório, cláusula pétrea<sup>459</sup> que, pela sua inequívoca importância para o Estado Democrático de Direito, deveria ser objeto de ingente

<sup>451</sup> STF, 1ª Turma, AgR n. 764.652/SC Rel. Ministro Dias Toffoli, j. 04.11.2014, DJe 02.02.2015: “(...) 2. A Corte não admite a tese do chamado prequestionamento implícito, sendo certo que, caso a questão constitucional não tenha sido apreciada pelo Tribunal *a quo*, é necessária e indispensável a oposição de embargos de declaração, os quais devem trazer a discussão da matéria a ser prequestionada, a fim de possibilitar ao Tribunal de origem a apreciação do ponto sob o ângulo constitucional. 3. Agravo regimental não provido”.

<sup>452</sup> Consoante já assentado pela Corte Especial do STJ, “é direito da parte obter comentário sobre todos os pontos levantados nos embargos declaratórios”. STJ, Corte Especial, Embargos de Divergência Resp n. 95.441/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.04.1999, DJ 17.05.1999. O descumprimento dessa regra enseja o cabimento de recurso especial por violação ao art. 535, II, do CPC.

<sup>453</sup> A propósito, aqui reside outra causa de convalidação da decisão-surpresa: uma vez ultrapassado o prazo legal para o ajuizamento da rescisória, não haverá mais que se falar em nulidade da decisão. Saliente-se, ainda, que o art. 975 do NCPC manteve o prazo decadencial de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação rescisória.

<sup>454</sup> BRASIL, CPC de 1973, Art. 485, inciso V: “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar literal disposição de lei”.

<sup>455</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 163.

<sup>456</sup> BRASIL, NCPC, Art. 966: “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar manifestamente norma jurídica”. A intenção do NCPC ao estabelecer que não apenas a violação à lei, mas ainda a toda e qualquer “*norma jurídica*” enseja o cabimento de ação rescisória, foi a de evidenciar que também poderão ter como causa de pedir ofensas a princípios constitucionais, inclusive o do contraditório.

<sup>457</sup> BRASIL, NCPC, Art. 1034: “Art. 1034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito. Parágrafo único. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”.

<sup>458</sup> Confiram-se, por todos, os seguintes precedentes: BRASIL, STF, 1ª Turma, ARE 658.085 AgR/SP, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 06.02.2012. BRASIL, STF, 2ª Turma, AI 548.642 AgR/MG, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 25.11.2005.

<sup>459</sup> BRASIL, Constituição de 1988, Art. 60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:(...) IV - os direitos e garantias individuais”.

preocupação e tutela pela Corte Suprema, guardiã, por excelência, dos valores e normas da Constituição (art. 102, *caput*, da Constituição da República).

Por isso, a recusa em dar trâmite a recursos extraordinários que versem sobre as garantias constitucionais do processo pode, mesmo, ser considerada como uma inconstitucional recusa de competência pelo STF.

Justamente em razão disso, em importante precedente, o STF entendeu que a manutenção da tese de ofensa reflexa relegaria à inocuidade dois princípios básicos do em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NORMAS LEGAIS - CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese no sentido de que a ofensa à Carta da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto do Diploma Maior, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais<sup>460</sup>.

Ainda em defesa da admissibilidade de recursos extraordinários por ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, cumpre ser realçado que, além de um conteúdo de natureza estritamente processual, esses princípios possuem um núcleo mínimo, de natureza substancial, cuja violação representa frontal violação ao texto constitucional.

Nesse sentido, a propósito, foi o entendimento adotado pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE n. 266.397/PR, relator o Ministro Sepúlveda Pertence:

Contraditório e ampla defesa: art. 5º, LV, da Constituição: conteúdo mínimo. 1. A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa tem o conteúdo mínimo: a decisão que o desconhece viola diretamente o art. 5º, LV, da Constituição, ainda que se pretenda conforme à lei estadual<sup>461</sup>.

Fez-se referência, nesse voto, à percuciente lição de Pontes de Miranda, que, por sua relevância, merece ser aqui transcrita:

(...) o conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegura a defesa, a que se refere o princípio. (...) O Estado,

<sup>460</sup> BRASIL, STF, 1ª Turma, RE 428.991-1/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 26.08.2008, DJ 30.10.2008. Em igual sentido: BRASIL, STF, 2ª Turma, RE n. 198.016/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 01.04.1997, DJ. 20.06.1997, e BRASIL, STF, 2ª Turma, RE n. 252.245/PR, Rel. Ministro Carlos Velloso, j. 14.11.2000, DJ. 06.09.2001.

<sup>461</sup> BRASIL, STF, 1ª Turma, RE n. 266.397/PR, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 09.03.2004, DJ 07.05.2004, p. 26.

no texto constitucional, a prometeu; tem o Estado, através da Justiça e de qualquer outra ordem, de cumprir a sua promessa<sup>462</sup>.

Pois bem, nesse núcleo mínimo do princípio do contraditório, até mesma pela forma dialética como estruturado o processo, há de constar, necessariamente o direito de participar e influir eficazmente na formação do convencimento da decisão judicial, tal como proposto no capítulo 2 acima.

Forte nessa premissa, e depois de tudo o que fora exposto até aqui, parece claro que a decisão-surpresa viola o núcleo mínimo do princípio do contraditório e, por isso, patenteia ofensa direta à Constituição da República, passível de ser veiculada por meio de recurso extraordinário.

Não obstante isso, não se pode deixar de reconhecer que, quando entrar em vigor o NCPC, a matéria será expressamente tratada no plano infraconstitucional, o que pode – e, a bem da verdade, parece ser provável – ensejar a manutenção do entendimento jurisprudencial de ofensa reflexa, praticamente consolidado no seio do STF, e cuja revisão aqui se defende, especialmente nas situações em que a ofensa ao contraditório partir do STJ.

Sem prejuízo disso, compreende-se, em razão dos argumentos acima expendidos, que será viável o manejo simultâneo de recurso especial, por ofensa ao art. 10 do NCPC, e de recurso extraordinário, por violação ao princípio do contraditório, o qual somente terá prosseguimento na hipótese de não conhecimento ou desprovimento daquele.

---

<sup>462</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. V, p. 234.

### 3.3. Prática e correções promovidas pelo Novo Código de Processo Civil

A praxe forense revela que, não raras as vezes, as premissas fixadas neste trabalho não são respeitadas pelos órgãos judiciais, muito embora indispensáveis e mesmo inerentes ao princípio do contraditório.

Algumas dessas distorções não passaram despercebidas ao NCPC, que, tratando-as expressamente, pretendeu corrigi-las. Dentre essas correções, optou-se, aqui, por discorrer sobre três delas, que representarão verdadeiras quebras de paradigma. São elas: a aplicação do *iura novit curia*, a dinamização do ônus da prova e o julgamento de agravos internos contra decisões monocráticas proferidas nos recursos.

Além dessas três correções, que serão, como dito, abordadas detalhadamente nos próximos tópicos, revela-se relevante realçar que o NCPC, em diversos dispositivos, procurou enaltecer o princípio do contraditório.

Nesse diapasão, podem ser destacados os seguintes dispositivos: o reconhecimento da nulidade da sentença proferida sem contraditório (art. 115)<sup>463</sup>; o dever de ouvir previamente o sócio no incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 135)<sup>464</sup>; a exigência de consentimento do réu, ainda que tácito, para o aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento do processo (art. 329)<sup>465</sup>; o contraditório na produção de provas, sendo garantido o direito de influir na decisão (art. 369)<sup>466</sup> e o dever de o juiz indicar as razões da formação de seu convencimento diante das provas produzidas (art. 371)<sup>467</sup>.

---

<sup>463</sup> BRASIL, NCPC, Art. 115: “Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;  
II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados”.

<sup>464</sup> BRASIL, NCPC, Art. 135: “Art. 135. 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”.

<sup>465</sup> BRASIL, NCPC, Art. 329: “Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;  
II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir”.

<sup>466</sup> BRASIL, NCPC, Art. 369: “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

<sup>467</sup> BRASIL, NCPC, Art. 371: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Cite-se, ainda, o contraditório na prova emprestada (art. 372)<sup>468</sup> e na produção de prova documental (art. 437)<sup>469</sup>; a exigência de manifestação prévia das partes no caso de reconhecimento da prescrição e da decadência (art. 487, parágrafo único)<sup>470</sup>, exceto no caso de improcedência liminar (art. 332 §1º)<sup>471</sup>; o dever de fundamentação clara, explícita e relacionada com o caso concreto (art. 489 §1º)<sup>472</sup>; a exigência de manifestação das partes sobre o surgimento de fato novo antes da decisão do juiz (art. 493, parágrafo único)<sup>473</sup>; o contraditório como um dos requisitos para que a questão prejudicial faça coisa julgada (art. 503, §1º, II)<sup>474</sup>; a possibilidade de apresentação de contestação na liquidação da sentença (art.

<sup>468</sup> BRASIL, NCPC, Art. 372: “Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

<sup>469</sup> BRASIL, NCPC, Art. 437: “Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação.

§ 1º Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436.

§ 2º Poderá o juiz, a requerimento da parte, dilatar o prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação”.

<sup>470</sup> BRASIL, NCPC, Art. 487: “Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. 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”.

<sup>471</sup> BRASIL, NCPC, Art. 332: “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: (...)

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição”.

<sup>472</sup> BRASIL, NCPC, Art. 489, §1º: “Art. 489 (...) § 1º 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”.

<sup>473</sup> BRASIL, NCPC, Art. 493: “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir”.

<sup>474</sup> BRASIL, NCPC, Art. 503: “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

511)<sup>475</sup>; a possibilidade de deferimento de liminar apenas no caso em que a petição inicial estiver devidamente instruída, em ação de manutenção e reintegração de posse, já que, caso contrário, deve ser garantida a participação do réu (art. 562)<sup>476</sup>; a exigência de o juiz ouvir as partes antes da divisão e demarcação de terras particulares (art. 592)<sup>477</sup>; o dever de o juiz possibilitar o contraditório antes de determinar qualquer medida de modificação da penhora (art. 853)<sup>478</sup>; o contraditório no incidente de inconstitucionalidade no controle difuso (art. 948)<sup>479</sup>; o contraditório diferido na execução de medida de urgência concedida por decisão estrangeira (art. 962)<sup>480</sup>; a previsão de amplo contraditório no julgamento de incidente de demandas repetitivas, permitindo a manifestação dos "*demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia*" (art. 983)<sup>481</sup>; o contraditório nos embargos com efeitos modificativos (art. 1.023)<sup>482</sup>; o dever de o acórdão abranger a análise de todos os

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

<sup>475</sup> BRASIL, NCPC, Art. 511: “Art. 511. Na liquidação pelo procedimento comum, o juiz determinará a intimação do requerido, na pessoa de seu advogado ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado, para, querendo, apresentar contestação no prazo de 15 (quinze) dias, observando-se, a seguir, no que couber, o disposto no Livro I da Parte Especial deste Código”.

<sup>476</sup> BRASIL, NCPC, Art. 562: “Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais”.

<sup>477</sup> BRASIL, NCPC, Art. 592: “Art. 592. O juiz ouvirá as partes no prazo comum de 15 (quinze) dias.

§ 1º Não havendo impugnação, o juiz determinará a divisão geodésica do imóvel.

§ 2º Havendo impugnação, o juiz proferirá, no prazo de 10 (dez) dias, decisão sobre os pedidos e os títulos que devam ser atendidos na formação dos quinhões”.

<sup>478</sup> BRASIL, NCPC, Art. 853: “Art. 853. Quando uma das partes requerer alguma das medidas previstas nesta Subseção, o juiz ouvirá sempre a outra, no prazo de 3 (três) dias, antes de decidir.

Parágrafo único. O juiz decidirá de plano qualquer questão suscitada”.

<sup>479</sup> BRASIL, NCPC, Art. 948: “Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo”.

<sup>480</sup> BRASIL, NCPC, Art. 962: “Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.

§ 1º A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória.

§ 2º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.

§ 3º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira”.

<sup>481</sup> BRASIL, NCPC, Art. 983: “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

<sup>482</sup> BRASIL, NCPC, Art. 1.023: “Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

§ 1º Aplica-se aos embargos de declaração o art. 229.

§ 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.

fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários, no julgamento de recursos representativos de controvérsias (§3º do art. 1038)<sup>483</sup>, além da possibilidade, ainda no âmbito dos recursos repetitivos, de pedido no sentido da exclusão da decisão de sobrestamento e inadmissão do recurso especial ou extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente (§2º do art. 1036)<sup>484</sup>.

### 3.3.1. *Iura Novit Curia*

Não sem controvérsia<sup>485</sup>, a majoritária doutrina<sup>486</sup> e a jurisprudência do e. STJ<sup>487</sup> admitem a aplicação dos adágios *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*, pelos quais,

---

<sup>483</sup> BRASIL, NCPC, Art. 1.038: “Art. 1.038. O relator poderá:

I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;

II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”.

<sup>484</sup> BRASIL, NCPC, Art. 1.036: “Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir este requerimento caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

<sup>485</sup> Manifestando-se contrariamente à aplicabilidade do *iura novit curia*, confira-se, por todos, GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 204: “Entretanto, considero que o autor tem o direito de escolher qual a caracterização jurídica dos fatos que ele descreve e de exigir que o juiz responda ao seu pedido tal como ele formulou, com a qualificação jurídica por ele escolhida. Desse modo, não me parece aceitável o *iura novit curia*, pois o juiz não pode dar aos fatos que o autor relatou uma configuração jurídica diferente e o réu tem o direito de se defender da hipótese jurídica que o autor propôs”.

<sup>486</sup> Colocam-se a favor da aplicação do *iura novit curia*, dentre outro: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 18. FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 158. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 79.

basicamente, se permite ao magistrado a requalificação jurídica dos fatos, isto é, faculta-se ao magistrado que, uma vez respeitados os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido<sup>488</sup> (causa de pedir próxima e remota) – aos quais está adstrito –, defina o direito aplicável à espécie, ainda que essa qualificação não tenha sido utilizada pelas partes.

Sem prejuízo disso, a aplicação desses adágios não pode, nem deve, servir de fundamento para violar-se o dever de boa-fé e de cooperação imposto ao magistrado – na vertente do dever de alerta – e, em última medida, o princípio do contraditório.

No entanto, importante salientar que o *iura novit curia* e o *da mihi factum, dabo tibi ius* não conferem poderes ao juiz para que atue de forma livre e ilimitada, a fim de adotar qualificações jurídicas ou normas legais de maneira que entenda mais adequadas. As garantias constitucionais do processo, especialmente a do contraditório, impõem limites a essas redefinições pelo órgão judicial<sup>489</sup>.

Admite-se, portanto, a aplicação desses adágios. Não se admite, contudo, que essa requalificação proposta pelo magistrado colha as partes de surpresa, ou seja, a requalificação não pode ser indiferente ao contraditório.

Mesmo a liberdade na aplicação da regra jurídica deve ser examinada à luz do contraditório. O brocardo *iura novit curia* significa a possibilidade de o juiz valer-se da norma não invocada pelas partes, desde que atendidos os limites quanto ao pedido e à causa de pedir. Isso não significa, todavia, desnecessidade de prévia manifestação das partes a respeito, mesmo porque muitas vezes o enquadramento jurídico do fato implica consequências jamais imaginadas pelas partes<sup>490</sup>.

Como bem apontado na passagem acima transcrita, longe de ser mera formalidade, a indicação dos fundamentos jurídicos é de suma importância, sendo, até mesmo por isso, um

---

<sup>487</sup> BRASIL, STJ, 2ª Seção, AgRg no REsp n. 174.856/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 23.05.2001, DJ 03.09.2001: “(...) Não há violação ao devido processo legal ou ao contraditório pela adoção de fundamento jurídico diverso daquele esposado pelo acórdão estadual, porque o princípio de que ao juiz é dado conhecer o direito (*iura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius*) decorre da própria matiz constitucional do art. 93, IX”. Em igual sentido: BRASIL, STJ, 2ª Turma, REsp n. 1195353/AM, rel. Ministra Eliana Calmon, j. 02.09.2010, DJe 22.09.2010: “(...) 1. Não há que se falar julgamento extra petita, quando o julgador amolda a situação fática descrita na demanda à legislação aplicável à espécie, consoante o princípio do *iura novit curia*”. Cite-se, ainda, BRASIL, STJ, 5ª Turma, REsp n. 279.059/CE, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 02.08.2001, DJ 29.10.2001; BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 1197476/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 07/10/2014, DJe 10/10/2014. BRASIL, STJ, 2ª Turma, REsp 1316634/ES, rel. Ministro Herman Benjamin, j. 11.12.2012, DJe 19.12.2012. BRASIL, STJ, 4ª Turma, AgRg no REsp 1003411/RS, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 17.02.2009, DJe 06.04.2009. BRASIL, STJ, REsp 634.401/PA, 6ª Turma, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15.02.2007, DJ 28.05.2007. BRASIL, STJ, 6ª Turma, AgRg no REsp 926.676/SP, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 27.09.2007, DJ 15.10.2007.

<sup>488</sup> “É preciso não confundir o fundamento jurídico do pedido com o dispositivo legal em que o autor pretende respaldar o seu pedido. O fundamento jurídico não é determinado dispositivo legal, mas o próprio direito subjetivo material do autor que resulta de um ou mais dispositivos legais, que até, às vezes, podem não estar corretamente indicados pelo autor ou terem sido por ele inteiramente omitidos”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 201.

<sup>489</sup> RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 309.

<sup>490</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41-42.

dos requisitos da petição inicial<sup>491</sup>. E é natural que o seja, pois, o esforço de defesa do réu, a rigor, será voltado contra esses fundamentos.

O magistrado, dessa forma, não pode modificar a qualificação jurídica de um fato sem, antes, conferir às partes a oportunidade de se manifestarem e, destarte, de influenciarem eficazmente na formação decisão que será proferida<sup>492</sup>.

Descurar-se isso ensejará, nessa perspectiva, a nulidade da decisão.

De fato, e como expostos linhas acima, a vedação aqui proposta, além de fundada diretamente no princípio do contraditório, estará, com o advento do novo Código de Processo Civil, positivada no art. 10, que, como visto, assevera que:

(...) 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.

Assim, para evitar-se a nulidade, cumpre submeter-se os referidos adágios a uma revisão crítica, pela qual, sem suprimi-los, sejam alinhados às exigências do contraditório participativo e, agora, ao art. 10 do NCPC.

### 3.3.2. Dinamização do ônus probatório

O ônus probatório consiste na distribuição legal da iniciativa probatória a cada uma das partes do processo, a qual, uma vez desconsiderada, importará no não acolhimento da pretensão ou da exceção da parte a que se lhe atribuiu a referida iniciativa<sup>493</sup>.

<sup>491</sup> BRASIL, CPC, Art. 282, III: “A petição inicial indicará: (...) III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Exigência essa, aponte-se, replicada *ipsis litteris* no art. 319, III, do NCPC.

<sup>492</sup> SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 171. Em igual sentido, MALLETT, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Avim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, p. 45-64, jul. 2014. NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o ‘caballo de Tróya *iura novit curia* e o papel do juiz. In: *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 87, p. 205-210, set. 2014. CONTE, Francesco. O contraditório como dever e a boa-fé processual – os fins sociais do processo. In: FUX, Luiz (org.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 678-685. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

<sup>493</sup> “Ônus – do latim *onus* – quer dizer: carga, fardo, peso. *Onus probandi*, traduz-se apropriadamente por *dever de provar*, no sentido da *necessidade de provar*. Trata-se apenas de dever no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes” (itálico no original). SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. IV, p. 7.

*Pari passu*, a distribuição do ônus da prova atua no plano da não produção da prova e no correspondente risco de sucumbência assumido pela parte que, na forma da Lei, competia provar.

O Código de Processo Civil tratou da distribuição do ônus da prova no art. 333<sup>494</sup>, que diz:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:  
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;  
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Inferre-se desse enunciado normativo que se pretendeu atribuir, via de regra<sup>495</sup>, à parte que alega determinado fato o ônus de prová-lo<sup>496</sup>. E é com base nesse mesmo entendimento que o art. 333 do CPC transfere o ônus da prova ao réu que, sem refutar os fatos deduzidos pelo autor na petição inicial, apresenta-lhe outros, impeditivos, modificativos ou extintivos<sup>497</sup> do direito.

Conquanto satisfatória em boa parte dos casos, a regra de distribuição estática do ônus probatório prevista no art. 333 do Código de Processo Civil pode levar a resultados que, à luz da hipótese concreta, se revelem materialmente iníquos e, portanto, contrários a *ratio* que inspira todo o sistema processual e, também, às garantias constitucionais do processo, em especial o dever de igualdade entre as partes no acesso à justiça.

Em virtude dessa constatação, até mesmo empírica, impõe-se conferir àquela norma processual aplicação conforme a Constituição, sopesando-a, para tanto, com o dinamismo inerente às relações de direito material inseridas no bojo do processo<sup>498/499</sup>.

<sup>494</sup> O NCPC tratou da distribuição do ônus da prova no art. 373: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. A inovação constante do art. 373 está nos respectivos parágrafos, que passam a prever a possibilidade da dinamização do ônus probatório. Essa questão, porém, será tratada oportunamente neste tópico.

<sup>495</sup> O ônus estático da prova, tal como posto na lei, não é imperativo, seja porque o próprio parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil permite sua derrogação convencional, seja por força da doutrina do ônus dinâmico da prova, que será aqui abordada. O § 3º do art. 373 do NCPC manteve a possibilidade de convenção sobre o ônus da prova, vedado este quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>496</sup> “Como todo direito se sustenta em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar a sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados”. BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 344.

<sup>497</sup> Não se pode deixar de ressaltar a crítica proposta a essa classificação por ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de La Prueba Judicial*. T. 1. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, p. 46, para quem “*un hecho puede ser constitutivo para el derecho pretendido por una parte y extintivo respecto del alegado por la otra*”, a evidenciar a insuficiência do nosso preceito legal, pautado na posição das partes do processo.

<sup>498</sup> Essa doutrina, cujo desenvolvimento se pode atribuir em grande medida ao jurista argentino Peyrano, convencionou-se chamar de Teoria da Carga Dinâmica da Prova.

Note-se que essa necessidade de ponderação foi posta em destaque pelo próprio parágrafo único do art. 333, que veda a realização de acordo probatório quando “*tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito*” (inciso II)<sup>500</sup>.

E, também, pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo respectivo art. 6º, VII, assegura ser direito básico do consumidor:

(...) a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Todavia, parece claro que, não só nas relações de consumo, ou nos acordos probatórios, a carga legal deva ser flexibilizada, notadamente porque situações existem, e não são poucas, que justificam, ou melhor, determinam a ‘repactuação’ desse ônus, em prol de garantir-se a isonomia substancial das partes no plano processual.

Não somente uma visão solidarista<sup>501</sup> do encargo de provar, como também a interpretação lógico-sistemática do nosso ordenamento processual<sup>502</sup> – inclusive entre o próprio *caput* e o inciso II do parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil –, exigem que se transfira o mencionado encargo a quem se encontra, no caso concreto, em posição privilegiada em relação à prova<sup>503</sup>.

<sup>499</sup> Daí porque afirmar Leonardo Greco que: “Convencendo-se, pelas circunstâncias do caso concreto, de que as regras legais de distribuição do ônus da prova tornarão excessivamente onerosa a prova da existência do direito pela parte a quem aproveita, deverá o juiz, em respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, particularmente, à igualdade concreta de que devem desfrutar as partes no acesso à Justiça, inverter o ônus da prova, exigindo da parte que está em condições mais favoráveis a prova do fato contrário, evidentemente, após intimá-la da inversão e dar-lhe ampla oportunidade de desenvolver as atividades necessárias ao cumprimento desse novo ônus”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 132.

<sup>500</sup> Repetida no art. 373 do NCPC.

<sup>501</sup> Como proposto por MORELLO, Augusto M. *La prueba. Tendencias. Modernas. Buenos Aires: Libreria Editora Platense-Abeledo Perrot*, 1991, p. 58.

<sup>502</sup> Pela aplicação expansiva das normas do Código de Defesa do Consumidor, confira-se GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II, p. 132: “Ao contrário do que se pode pensar, a regra do artigo 6º do, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não é privativa das relações de consumo, aplicando-se a todas as hipóteses em que as regras do artigo 333 do CPC venham a gerar uma concreta desigualdade entre as partes ou tornar excessivamente onerosa a demonstração da verdade fática que a uma delas interessa”.

<sup>503</sup> Com essa medida, salienta Danilo Knijnik, objetiva-se “apenas sua redistribuição fundamentada e racional, segundo a posição dos litigantes na relação de direito material e no episódio fático, à luz de eventuais transgressões aos deveres de colaboração ou, ainda, em face da inviabilização culposa da prova em detrimento da parte onerada”. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica. In: *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 948.

Todavia, essa redistribuição do ônus da prova não pode ser utilizada de forma discricionária<sup>504</sup> pelo magistrado, ou para compensar inércia do litigante inicialmente onerado, ou ainda com o risco de se criar uma prova diabólica reversa.

Ademais, a fim de que sua aplicação não ocasione violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve-se exigir do magistrado que não julgue a causa, inopinadamente, com base na redistribuição do ônus.

Colocando-se em outros termos, o dever de colaboração impõe ao magistrado que alerte as partes sobre a intenção de inverter o *onus probandi*, de forma a permitir, com isso, que produzam as provas que reputarem oportunas ou, mesmo, interponham os competentes recursos contra essa decisão interlocutória, que, a bem da verdade, mudou o arquétipo legal<sup>505</sup>.

Ressalte-se, ainda, que as regras sobre distribuição do ônus probatório se prestam mais a orientar a conduta das partes ao longo do processo, do que a servir de regra de julgamento.

Logo, não se pode admitir que as partes sejam científicas acerca da inversão do ônus da prova apenas no momento do julgamento, sob pena de configurar-se decisão-surpresa, cuja pecha é a nulidade.

Reconhece-se, contudo, que a matéria é controvertida, existindo pronunciamento desfavorável do e. STJ<sup>506</sup>.

Todavia, em pronunciamento mais recente, a Segunda Seção do c. STJ, pacificando a divergência até então existente entre as suas Terceira e a Quarta Turmas, definiu que dinamização do ônus probatório não pode tomar as partes de surpresa<sup>507</sup>.

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

(...)

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes,

<sup>504</sup> A discricionariedade é informada, usualmente, pelos critérios de conveniência e oportunidade, ao passo que a instrução probatória é informada pelos critérios de interesse e necessidade.

<sup>505</sup> “Cabe ao magistrado, quando da fixação dos pontos controvertidos e da especificação das provas na audiência preliminar ou na decisão saneadora, deixar claro que a causa não será julgada pela técnica da distribuição estática do ônus da prova (art. 333 do CPC), esclarecendo o que deve ser provado pela parte onerada pela distribuição dinâmica do ônus da probatório. Caso contrário, se utilizada a técnica de distribuição dinâmica apenas como regra de julgamento, ficará comprometida a garantia constitucional do contraditório, retirando da parte o direito à prova contrária”. CAMBI, Eduardo; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 201, p. 59, nov. 2011.

<sup>506</sup> BRASIL, STJ, 3ª Turma, REsp 1125621/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 19.08.2010. DJe 07.02.2011.

<sup>507</sup> BRASIL, STJ, 2ª Seção, REsp. 802832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.04.2011, DJe 21.09.2011.

pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

Com acerto, reconheceu o e. STJ que, embora seja regra de julgamento, a distribuição do ônus da prova também conforma a atuação das partes ao longo do processo. Dessa forma, por força do princípio do contraditório, devem as partes ser alertadas pelo magistrado sobre a intenção de inverter-se, *ope judicis*, o ônus probatório.

Nesse cenário, andou bem o novo Código de Processo Civil ao prever no §1º do art. 373 não só a possibilidade de se dinamizar o ônus da prova, como também a necessidade de, ao fazê-lo, resguardar-se o contraditório, *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Embora não tenha estabelecido o dever de alerta prévio, o §1º do art. 373 do NCPC atendeu bem aos anseios do princípio do contraditório, pois determinou que, além de fundamentada, a decisão de inversão seja proferida antes do julgamento da causa, assegurando-se, sempre, à parte que suportará os efeitos dessa decisão a oportunidade de requerer a dilação probatória.

Justamente por isso, aliás, determinar o art. 357 do NCPC<sup>508</sup> que a inversão do ônus probatório seja definida na decisão de saneamento e organização do processo, de sorte a evitar-se tumulto processual.

De todo o modo, pelo fato de a questão não estar sujeita à preclusão, pode o magistrado vir a deferir a inversão em outro momento, desde que não na própria sentença.

<sup>508</sup> BRASIL, NCPC, art. 357: “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”.

Nesse caso, o magistrado deverá alertar as partes sobre a inversão do ônus da prova, jamais podendo colhê-las de surpresa.

### 3.3.3. Agravo Interno

No direito brasileiro, quando se pensa em julgamentos recursais, é natural que, à luz do arquétipo legal do Código de Processo Civil, venha à mente pronunciamentos proferidos por órgãos colegiados, os quais, consoante bem frisado por Guilherme Jales Sokal, são capazes de:

(...) apresentar maior profundidade na cognição exercida sobre os elementos do conflito intersubjetivo, de assegurar maior independência dos membros que compõem o órgão julgador e, além disso, de funcionar como fator de contenção do arbítrio que atuação individual e isolada poderia ensejar<sup>509</sup>.

Isso, entretanto, não passa de falsa impressão, que não condiz com a realidade prática, nem espelha a crise de identidade pela qual passa o julgamento colegiado, cujos relevantes predicados vem cedendo espaço para a tão exaltada busca por celeridade.

De fato, são cada vez mais frequentes – gozam mesmo de primazia – os julgamentos monocráticos lastreados no art. 557 do CPC<sup>510</sup>, que priorizam a tempestividade da decisão, ainda que em desfavor do reforço cognitivo, da independência dos julgadores e do arbítrio individual inerentes ao julgamento colegiado.

A despeito da discussão acerca do acerto ou não dessa abreviação do rito recursal, a qual ultrapassa os estreitos limites deste trabalho, o fato é que, em face dessas decisões monocráticas, usualmente são interpostos agravos internos (art. 557, §1º, do CPC), os quais, na praxe atual, não são submetidos, nem ao contraditório, nem à inclusão em pauta, tudo isso com grave prejuízo para o princípio do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>509</sup> SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos Tribunais: procedimento Recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 80.

<sup>510</sup> BRASIL, CPC de 1973, Art. 557: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

Consoante demonstrado ao longo deste trabalho, o contraditório desponta como instrumento de concretização do princípio democrático, pelo qual se oportuniza às partes a possibilidade de influírem na formação do provimento jurisdicional. Ao magistrado, de outro lado, impõe a observância de postura leal, aberta e cooperativa<sup>511</sup>.

Nesse caminhar, julgamentos em mesa, como os atualmente previstos para o agravo interno, não passam no teste de constitucionalidade à luz do contraditório participativo<sup>512</sup>. Igualmente reprovada a possibilidade de existirem recursos cujas razões estejam imunes à dialética processual<sup>513</sup>.

Nem mesmo a audiência bilateral, consequência primária do princípio do contraditório, é devidamente respeitada no sistema recursal, havendo recursos como os embargos declaratórios e os agravos internos em que o recorrido não só não tem oportunidade de manifestar-se sobre o recurso interposto, nem por escrito, nem oralmente, mas, o que é ainda muito pior, não é ao menos cientificado do seu julgamento, porque são recursos apresentados em mesa, ou seja, julgados sem prévia inclusão em pauta<sup>514</sup>.

Ainda mais perniciosa é a falta de contraditório prévio e de inclusão em pauta nas hipóteses de agravos interpostos perante os Tribunais Superiores, que, localizados em Brasília, usualmente demandam deslocamentos aéreos pelos advogados, com todas as burocracias e inconveniências que lhe são inerentes.

Por essas razões, o novo Código de Processo Civil acertadamente estabeleceu a obrigatoriedade de respeitar-se o contraditório, impondo ao relator a abertura de vista para o recorrido e a inclusão do recurso em pauta.

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

(...)

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

O avanço é indiscutível e prestou-se, em boa hora, a corrigir a atual sistemática, de constitucionalidade duvidosa.

<sup>511</sup> Note-se, porém, que, ainda que acolhida uma (inaceitável) visão estática do princípio do contraditório, chegar-se-ia à igual conclusão, pois a audiência bilateral é exigência comezinha do princípio do contraditório.

<sup>512</sup> SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos Tribunais: procedimento Recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012, p. 233.

<sup>513</sup> Em igual sentido: RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto de novo CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, v. 232, p. 34-35, jun. 2014.

<sup>514</sup> GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 307.

## CONCLUSÃO

A atribuição de força normativa à Constituição da República e o decorrente reconhecimento de sua respectiva superioridade hierárquica e axiológica, fruto do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, transformam-na em parâmetro de validade e vetor interpretativo de todo o ordenamento jurídico, que, assim, há de espelhar os valores e fins por ela perseguidos.

No Brasil, essa nova perspectiva constitucional se deu a partir da Constituição de 1988, marco de nosso amadurecimento democrático, que consubstanciou documento dialético e pluralista, não apenas influenciado pela realidade social e política, mas também dotado de instrumentos jurídicos com capacidade de conformá-la.

Dessa compreensão decorre a necessidade de realizar-se a constante releitura e atualização das normas jurídicas, compatibilizando-as formal e materialmente com a Carta Constitucional, em processo que ficou conhecido como filtragem constitucional.

Assim, lastreada nos valores, princípios e regras por ela tutelados e veiculados, promoveu-se, no ramo processual, verdadeira metamorfose valorativa, com a readequação de institutos e categoriais processuais à realidade constitucional pós 1988 e, mais do que isso, a reavaliação da própria técnica, do formalismo, das garantias e dos fins sociais e constitucionais do processo, em fenômeno que, por paralelismo ao neoconstitucionalismo, se chamou de neoprocessualismo.

Nesse cenário, o acesso à Justiça passou a ser visto como verdadeiro direito fundamental, integrante mesmo do núcleo central da dignidade da pessoa humana – substrato axiológico de nosso sistema constitucional –, porquanto indispensável a conferir efetividade aos demais direitos outorgados pelo ordenamento jurídico.

Mais do que uma garantia formal de ingressar em Juízo, o acesso à Justiça passou a compreender o acesso à ordem jurídica justa, assim compreendida aquela que, além de pautada pelas garantias inerentes ao *due process of law*, assegure tempestivamente a quem tem direito tudo aquilo, e exatamente aquilo, a que faz *jus*.

O princípio do contraditório, da mesma forma, não passou alheio a esse processo de revalorização constitucional.

Antes considerado elemento catalisador da eticidade e promotor da isonomia material entre os litigantes, o contraditório, com a estatização do processo e o positivismo jurídico,

entrou em rota de declínio: perdeu seu conteúdo ético e axiológico, passando a revestir-se de uma ótica mecânica, lógico-formal, de contraposição de teses.

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, no entanto, promoveram a retomada axiológica do princípio do contraditório, que passou a ser compreendido como método contínuo, preparatório e absolutamente necessário para a tomada de decisões; portanto, verdadeira faceta do princípio democrático e, mesmo, elemento essencial do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa.

Dessa forma, a visão estática do contraditório, como mero direito à audiência bilateral, tornou-se deveras insuficiente à compreensão da exata dimensão que esse princípio representa, hoje, para o Estado Democrático de Direito.

A dogmática neoprocessualista extrai do contraditório, atualmente, a exigência de adoção de procedimento dialógico, formado pela conjugação de esforços argumentativos entre partes e magistrado, ou seja, de um contraditório dinâmico, elevado a elemento normativo estrutural da participação e, destarte, garantidor do policentrismo processual.

Pode-se extrair disso que o contraditório, para além do direito à audiência bilateral (*audiatur et altera pars*), reveste-se de quatro dimensões: instrumento de legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação.

Como instrumento de legitimação democrática, porque a visão contemporânea da democracia demanda a superação do modelo representativo, com a adoção do formato deliberativo – de legitimidade pelo discurso –, no qual os indivíduos, meros destinatários das normas e atos do poder público, transmudam-se em seus coautores.

Logo, o processo, enquanto instrumento voltado à tutela da ordem constitucional – e ele próprio influenciado por essa ordem –, precisa reverberar as bases do princípio democrático deliberativo, para assegurar aos jurisdicionados espaço para o debate livre, igual e participativo.

Sob essas luzes, o princípio do contraditório, até mesmo por ser o instrumento por excelência da dialética, passa a ser a expressão, no processo, do princípio político da participação democrática, inclusive conferindo legitimidade democrática à magistratura, cujos respectivos membros, como sabido, não são eleitos pelo voto popular.

Dessa perspectiva democrática-deliberativa decorre, a seu turno, a compreensão do contraditório como garantia de influência, pela qual o princípio passa a ser tratado como direito conferido às partes de influenciar, mediante persuasão racional e de maneira isonômica, na formação das decisões vinculativas do processo (exercício do *ius imperii*), e a

correspondente obrigação, para o magistrado, de considerar os argumentos expostos e debatidos pelas partes quando da prolação dessas decisões.

Assim, ao lado de figurar como garantia para as partes, o contraditório como influência encerra dever para o magistrado, no sentido não só de condicionar o respectivo convencimento (viés subjetivo), como também de demonstrar, explicitamente, que levou em consideração os argumentos expendidos pelas partes, especialmente aqueles desenvolvidos pela parte eventualmente prejudicada pela decisão (viés objetivo).

Ainda como consectário do contraditório como influência está o respeito e tutela da paridade de armas entre os litigantes. De fato, o dever de o magistrado deixar-se influenciar pelos argumentos das partes pressupõe, por certo, que estas, além de beneficiadas pelas mesmas oportunidades de participar do processo, sejam capazes, por si mesmas, de influenciar a dialética processual.

Desconsiderar-se essa exigência, a olhos vistos, tornaria a participação meramente fictícia e aparente, ensejando o inevitável retorno à (combatida) concepção formalista do contraditório.

O dever de atuação leal, proba e de boa-fé, por sua vez, é inerente ao interesse público que permeia todo o processo judicial. Realmente, a atuação ética é indispensável à aceitação social do resultado do processo e à arraigada compreensão deste como premissa de acessibilidade à ordem jurídica justa.

Enquanto dimensão do contraditório, a boa-fé processual, para além da repressão a condutas desleais (vertente negativa), deve ser encarada como um dever de diálogo intersubjetivo comprometido e leal, a ser travado no seio do processo entre as partes e entre estas e o magistrado, visando à construção da decisão judicial (vertente positiva).

Provém, portanto, do contraditório participativo a exigência imposta aos sujeitos processuais de observância de comportamentos que respeitem os *standards* de conduta social, de sorte a proteger-se os interesses do *alter*. Nesse passo, a boa-fé, por assim dizer cooperativa, que se deve exigir dos sujeitos processuais é aquela objetivamente considerada.

Por fim, a quarta dimensão do contraditório decorre, até mesmo por indução, das três outras dimensões acima referidas. Isto é, a cooperação é a dimensão-síntese do contraditório, que, direta ou indiretamente, remete às dimensões anteriores.

Inequivocamente influenciado pelo movimento de resgate axiológico do contraditório, o NCPC brasileiro textualmente albergou o princípio da cooperação, do qual se podem extrair quatro espécies de deveres, a saber: esclarecimento, prevenção, auxílio e consulta.

A cooperação, enquanto subprincípio do contraditório, milita a favor da revalorização do diálogo humano entre os sujeitos do processo, com a efetiva criação de uma comunidade de trabalho voltada a construir o ato de vontade estatal, mediante procedimento pautado pelo dever de boa-fé e pela observância das garantias fundamentais.

Evidentemente que, ao propor-se a criação de um dever de cooperação entre os sujeitos processuais, não se está a adotar visão altruísta e utópica, na qual as partes devam abrir mão dos seus próprios interesses em favor do *ex adverso*, com nefasto prejuízo para o acesso à Justiça; nem se está a sugerir que o magistrado participe do embate como se parte fosse, em postura deletéria para sua imparcialidade e, conseqüentemente, para o devido processo legal.

Para as partes, o princípio da cooperação verte-se no dever de agirem em conformidade com a boa-fé, tanto em sua vertente subjetiva, quanto na objetiva.

Para o magistrado, a sua vez, o princípio da cooperação apresenta-se mais intensamente, pois, como antecipado, as outras três dimensões do contraditório participativo (legitimação democrática, influência e boa-fé) exigem-lhe a adoção de postura ativa e dialógica, voltada não só a legitimar sua respectiva atuação, como também, e principalmente, a garantir a boa prestação jurisdicional.

A cooperação, destarte, pode e deve ser compreendida como inerente à própria atividade judicante, sendo o canal pelo qual se permitirá a implementação do princípio democrático e se promoverá a inserção do magistrado no contraditório, não com o fim de assemelhá-lo aos sujeitos parciais, mas justamente para garantir o resultado oposto: igualdade e imparcialidade, com vistas à obtenção da justiça da decisão.

Contudo, cooperação não é, nem pode ser, sinônimo de arbitrariedade judicial e de quebra das garantias constitucionais do processo. Assim, da mesma forma do que se passa para com as partes, a postura cooperativa do magistrado também encontra limites; esses limites são a subsidiariedade e a imparcialidade.

É possível inferir, por outro lado, que o princípio do contraditório, em sua vertente neoconstitucionalista (legitimação democrática, influência, boa-fé e cooperação), não se coaduna com a utilização de questões que surpreendam os litigantes, isto é, com argumentos e qualificações jurídicas acerca dos quais não tenha sido franqueada a possibilidade de debate.

O ato de vontade estatal, destarte, não pode simplesmente desconsiderar os argumentos e qualificações jurídicas apresentadas pelos litigantes – e sobre os quais centraram seus esforços –, para fundar-se em outros, não debatidos.

Revela-se, portanto, consectário lógico do contraditório a vedação de decisões e sentenças surpresas, assim consideradas aquelas apoiadas em questões que não tenham sido previamente submetidas à manifestação de ambas as partes, sejam elas de fato ou de direito, de ordem pública ou não, cognoscíveis de ofício ou por provocação, de rito ou de mérito.

O atual Código de Processo Civil, editado em 1973 – portanto, em data anterior à promulgação da Constituição da República –, não contemplou previsão específica de vedação de decisões-surpresa.

Não obstante isso, doutrina de peso jamais considerou essa omissão do legislador infraconstitucional como óbice a essa vedação no processo civil, pois, como visto, ela é decorrência natural e direta do princípio do contraditório, o qual, como notório, é textualmente albergado em nossa Carta Constitucional.

A esse entendimento jurisprudencial veio a agregar peso o NCPC, que passou a vedar textualmente as decisões-surpresa, nos moldes das legislações processuais mais desenvolvidas da atualidade.

Dessa forma, compreendido o princípio do contraditório como norma inerente à ordem pública processual, do qual, por sua vez, se extrai a vedação de decisões-surpresa, contata-se, sem maiores dificuldades, que a respectiva violação acarretará a nulidade dessa espécie de decisão.

Trata-se de nulidade de natureza processual, decorrente da simples inobservância do princípio do contraditório e de suas quatro dimensões, isto é, de nulidade por *error in procedendo*, de sorte a que, mesmo que no mérito o órgão judicial tenha julgado com acerto, ainda assim persistirá o vício.

Ressalve-se, entretanto, que o contraditório não é um fim em si próprio, não é um valor absoluto. Ao revés, sua tutela somente se justifica *si et in quantum* voltada a alcançar os escopos do processo.

Dessa forma, deve-se observar a instrumentalidade das formas e a exigência de demonstração do prejuízo (*pas de nullité sans grief*), o qual usualmente será ínsito à indevida limitação da participação no processo.

Não se pode admitir, entretanto, a decretação de nulidade se, da análise do processo, verificar-se que não houve prejuízo ou, ainda, que fora garantido à parte supostamente prejudicada a isonômica possibilidade de manifestação, ainda que ela não o tenha feito. Nesses casos, não haverá cerceamento de defesa ou ofensa ao contraditório, impondo-se o aproveitamento do ato, por ausência de prejuízo.

Enfatize-se, ademais, que, justamente por ensejar violação à norma de ordem pública processual, a nulidade proveniente da decisão-surpresa não estará sujeita à preclusão, podendo ser alegada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, nem estará reservada à iniciativa das partes, podendo ser conhecida de ofício.

Forte nessas premissas pode-se extrair conclusivamente que as decisões-surpresa violam o núcleo central do princípio do contraditório e, por isso, consubstanciam ofensa direta à Constituição da República.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA, Código de Processo Civil. Disponível em: < <http://direitoalemao.com/leis/>>. Acesso em 20 jun. de 2015.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_.; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho – la polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas constitucionais nas relações de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima. *Revista do Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. VI, p. 32, abr./jun. 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzional del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1990.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

\_\_\_\_\_. *The rights of men. What are they? (1949) apud LAFER, Celso*. A reconstrução dos Direitos Humanos: A contribuição de Hannah Arendt. In: *Estudos Avançados*, v. 11, número 30, ago. 1997, texto disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf>>. Acesso em 21 jan. 2015.

AROCA, Juan Montero. *Proceso (civil y penal) y garantia – el proceso como garantia de libertad y de responsabilidad*. Valência: Tirant et Blanch, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sobre el mito autoritário de la buena fe. Proceso civil y ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ATIENZA, Dalmiro A. Alsina. *Efectos jurídicos de la buena fe*. Buenos Aires: Tall. gráf. L. J. Rosso, 1935, p. 2.

AVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

\_\_\_\_\_. Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa do Contribuinte. In: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan./2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 30 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Princípio da subsidiariedade, conceito, e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática - textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República*. Petrópolis: Vozes, 1978.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Ponderação, racionalidade prática e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro, 2005.

BARRETO, Wanderlei de Paula. O princípio da boa-fé na experiência alemã. In: *Revista Autônoma de Direito Privado*. Curitiba: Juruá, n. 02, 2007, p. 53-69.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 - Uma breve e acidentada história de sucesso. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O Triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *A Constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. São Paulo: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. *A nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumentação e Papel dos Princípios*. In: LEITE: George Salomão. *Dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

BETTI, Emílio. *Diritto Processuale Civile*. 2. ed. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

\_\_\_\_\_. *Teoria general de las obligaciones*. Tradução de: José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969-1970.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico - lições de filosofia do direito*. Tradução de: Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL, STF, MS 24.268/MG, Pleno, j. 05.02.2004, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17.09.2004, p. 53.

BRASIL, STJ, REsp n. 764.320/PR, rel. Ministra Nancy Andrigli, j. 21/09/2006, DJ 27/11/2006, p. 283.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades do processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé objetiva. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 126, p 59-82, ago. 2005, p. 74.

CABRAL, Bernardo. *A palavra do relator: ontem, há vinte anos*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176541/000843870.pdf?sequence=3>>. Acesso em 20 jun. 2015.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 7. ed. Paris: Lexis-Nexis, 2011.

CALAMANDREI, Piero. *apud* VAZ, Alexandre Mario Pessoa. *Poderes e deveres do Juiz na conciliação judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, v. 1, tomo I.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1.

CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição para o estudo do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; HOFFMANN, Eduardo. Caráter probatório da conduta (processual) das partes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 201, p. 59, nov. 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y Las Pruebas en el Proceso Civil*. Buenos Ayres: EJE, 1972.

\_\_\_\_\_. *Liberdade individual y justicia social en el proceso civil italiano*. In: *Proceso, ideologias, sociedade*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.

\_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_; VIGORITI, Vincenzo. *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*. In: *Riv.Dir.Proc.* Padova: Cedam, XXVI, 1971.

\_\_\_\_\_. TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano: Giuffrè, 1973.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A ética e os personagens do processo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2001, v. 358, p. 349-350, nov./dez. 2001.

\_\_\_\_\_. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1941.

CHASE, Oscar. *Law, culture, and ritual – disputing system in cross-cultural context*. New York: New York University Press, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, v. 1.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CIPRIANI, Franco. *El abogado y la verdad*. In: AROCA, Juan Montero (org.). *Proceso civil y ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional e da Teoria do Estado*. São Paulo: Academia, 1993.

Código de Processo Civil da Alemanha. Disponível em: <<http://direitoalemao.com/leis/>>. Acesso em 2 jul. 2015.

COMMANDUCI, Paolo; CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli, 2004.

\_\_\_\_\_. Garanzie costituzionali e giusto processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr.-jun. 1998.

\_\_\_\_\_. *La corte costituzionale ed il processo civile*. In: *Riv.Dir.Proc.* Padova: Cedam, XXIII, 1968.

\_\_\_\_\_. *Voce: contraddittorio (principio del)*. *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, v. 8.

CONTE, Francesco. O contraditório como dever e a boa-fé processual – os fins sociais do processo. In: FUX, Luiz (org). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Convenção Europeia de Direitos Humanas. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em 2 jul. 2015.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

Corte de Cassação italiana. Sentença n. 21.108, de 31.12.2005. Roma, jun. 2005. Disponível em: <[cortedicassazione.it](http://cortedicassazione.it)>. Acesso em 20 jun. 2015.

COSTA, Alvaro Ferreira. *O princípio geral da boa-fé*. Ceará: Editora Instituto do Ceará, 1951.

COUTO E SILVA, Almiro. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (9.784/99). In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado - RDE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 2, abr./mai./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 30 jan. 2015.

COUTURE, Eduardo J. Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispano-americano. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Tomo I – La constitución y el proceso civil. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

CROSA, Emílio. *Lo stato democratico*. Torino: UTET, 1946.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo: Malheiros, 2011, 3. tiragem.

DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. *Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Boletín Oficial Del Estado – Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

DICKSTEIN, Marcelo. *A Boa-fé Objetiva na Modificação Tácita da Relação Jurídica: Surrectio e Suppressio*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Multa Coercitiva: Boa-fé processual e *Supressio*: Aplicação do *Duty to mitigate the Loss* no Processo Civil. In: *Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v. 1, n. 32, p. 32-42, 2004.

\_\_\_\_\_. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 127, p.77, set. 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1

DORIA, Antônio Sampaio. *Direito constitucional*. Tomo. II. 3. ed. São Paulo: Cia Editora Nacional, 1953.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes; 2002.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria General de La Prueba Judicial*. T. 1. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía.

England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. [2005] EWCA Civ. 104, n. 21. Disponível em: <<http://www.bailii.org/cgi->

bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2005/1041.html&query=title+(+mars+)&method=boolean>. Acesso em 20 jun. 2015.

ESPAÑA, Constituição. “Artículo 118. Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”. Disponível em: <[http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229)>. Acesso em 06 fev. 2015.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Tradução de: Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. In: *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 3. Milano: Giuffrè, 1958.

\_\_\_\_\_. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo crítico y democracia constitucional. Doxa*. In: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, p. 7-20, abril, 2002.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. V. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 21 jan. 2015.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Constitución y proceso civil em latinoamerica*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

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

\_\_\_\_\_. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais à luz do Código Revisto*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987

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

GOUVEIA, Lucio Grassi. Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 6, p. 50 e ss, set. 2003.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La verdad y la prueba*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie, et al. (org). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile*. In: Revista di Diritto processuale. Padova, v. XXI, 1966, p. 584.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.

GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. Acesso ao Direito e à Justiça. In: *Estudos de direito processual*. Campo dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. Breves comentários aos primeiros 51 artigos do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado 166/2010). In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. VI, p. 97. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. II.

\_\_\_\_\_. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de: Ronaldo Kochem. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, p. 123-129, abr. 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de: Flavio Beno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Tradução de: Ignacio Gutiérrez Guitierrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995. Instituto dos Advogados Brasileiros. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67608/70218>>. Acesso em 20 jun. 2015.

JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Tradução de: F. Silveira Ramos. 25. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

JUNOY, Joan Picó i. *El debido proceso “leal” – Reflexiones em torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal*. In: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima: Palestra, 2006, v. IX.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo*. Fundamentos de etica juridica. Madrid: Civitas, 1985.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In: *Problemi del processo civile*. Napoli: 1962.

LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal: Los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Navarra: Civitas, 2009.

LOPES, João Batista. Os Poderes do Juiz e o aprimoramento da Prestação Jurisdicional. In: *Revista do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 36, jul./set. 1984.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.

LUISO, Francesco. *Principio del contraddittorio ed eficácia della sentenza verso terzi*. Milano: Giuffrè, 1981.

LUÑO, Antonio-Énrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos Vinte Anos da Constituição Cidadã: do Pós-Positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

MALLET, Estevão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 233, p. 46, jul. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, 2. tiragem.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Ajuris*. Porto Alegre s/ed, 2005, n. 97.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, t. 1, 2005.

MELO, João Ozorio de. *Em decisão, Suprema Corte dos EUA exige simplicidade nas petições*. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. Neutral Citation Number: [2005] EWCA Civ. 104, n. 21. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-05/suprema-corte-eua-exige-simplicidade-peticoes>>. Acesso em 07 abr. 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDONÇA, Luís Correia de. 80 anos de autoritarismo: uma leitura do processo civil português. In: AROCA, Juan Montero (coord). *Proceso civil y ideologia: um prefacio, uma sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “Prólogo”. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, t. 1, p. XXII.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. V.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-a-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 194, p. 56-68, abr. 2011.

\_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis. *O espírito das Leis*. Tradução de: Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. In: *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 3, p. 35-36, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. In: *Temas de direito processual*. Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 111, p. 105, jul./set. 2003.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. V.

\_\_\_\_\_. *La igualdad de las partes em el proceso civil*. In: *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004

\_\_\_\_\_. O neoprivatismo no processo civil. In: *Temas de Direito Processual*, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *O novo processo civil brasileiro*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

\_\_\_\_\_. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: *Temas de Direito Processual*, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. O processo, as partes e a sociedade. In: *Temas de Direito Processual*, Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Processo civil e direito à preservação da intimidade. In: *Temas de Direito Processual*, Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata-Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

\_\_\_\_\_. *La prueba. Tendencias. Modernas*. Buenos Aires: Libreria Editora Platense-Abeledo Perrot, 1991.

MOZOS, Jose Luis de los. *El principio de la buena fe: sus aplicaciones practicas en el derecho civil espanhol*. Barcelona: Bosch, 1965.

MURRAY, Peter L; STÜNER, Rolf. *German Civil Justice*. North Carolina: Caroline Academic Press, 2004.

NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Estudios sobre garantismo procesal – El derecho conceptuado a través de la metodologia del garantismo procesal: el denominado ‘Derecho de la garantia de la función jurisdiccional’*. San Sebastian: Instituto Vasco de Derecho, 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-Fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, José Roberto de Castro. Boa-fé objetiva: posição atual no ordenamento jurídico e perspectivas de sua aplicação nas relações contratuais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p.161-178, jul./set. 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_; DELFINO, Lúcio. Novo CPC, o ‘caballo de Tróya *iura novit curia* e o papel do juiz. In: *Revista brasileira de direito processual*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 87, set. 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 127, p. 75, set. 2005.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 388, p. 11-28, nov./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em 21 jan. 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 66.

*Part 7 - how to start proceedings – the claim form*. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part07>>. Acesso em 02 jul.2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 3.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Experiência Ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de solução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 8, 2011, p. 443-471. Texto disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 19 jan. 2015.

PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de La Buena Fe en el derecho administrativo, quinta edición*. Madrid: Thomson-Civitas, 2009.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe processal y su fundamento constitucional*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 196, jun. 2011.

\_\_\_\_\_. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Contemporâneo*. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013 v. 1.

\_\_\_\_\_; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. In: *Revista Eletrônica de Processo Civil – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, v. XII. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 20 jun. de 2015.

\_\_\_\_\_. *A Dimensão do Acesso à Justiça na Jurisdição Coletiva*. Disponível em: <[www.humbertodalla.pro.br](http://www.humbertodalla.pro.br)>. Acesso em 20 jan. 2015.

\_\_\_\_\_; DURCO, Karol. *A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito*. O juiz ‘Hermes’ e a nova dimensão da função jurisdicional, p. 10-11. Disponível em: <[www.humbertodalla.pro.br](http://www.humbertodalla.pro.br)>. Acesso em 20 jun. 2015.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 171-216. n. 17-18, jan./jun. 2010.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, 7ª Secção, Processo n. 20.900/01, j. 06.032014. Rel. Silva Gonçalves. Disponível em: <[www.stj.pt](http://www.stj.pt)>. Acesso em 20 jun. 2015.

RAATZ, Igor. Colaboração no processo civil e o novo código de processo civil. In: *Revista da SJRJ*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 32, ago. 2011. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/view/274](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/274)>. Acesso em 20 jun. 2015.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos da Filosofia do Direito. In: *Filosofia do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 21, jul./set. 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto de novo CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 232, p. 23, jun. de 2014.

\_\_\_\_\_. O sobreprincípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento das partes em juízo. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: s/ed, 2004, n. 95, p. 71-87.

ROCHA, Felipe Boring. O contraditório utilitarista. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 229, ano 39, p. 171 – 197, mar. 2014.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição e administração pública: definindo novos contornos a legalidade administrativa e ao poder regulamentar*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v. IV.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: *Livres e Iguais – Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório, Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. MARTIN, Leonardo (org). Tradução de: Beatriz Hennig, et. all. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, §34.

SILVA, Clovis do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Paula Costa e. *Litigância de má-fé*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações privadas. São Paulo: Malheiros, 2011, 3. tiragem.

SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de veracidade das partes no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Vellenich, 1975.

SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos Tribunais: procedimento Recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*. São Paulo: Método, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. São Paulo: Renovar, 2006.

SOUZA, André Pagani de. *Vedação de decisões-surpresa no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

\_\_\_\_\_. Aspectos do novo processo civil português. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, 1997.

STRECK, Lênio. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em 02 fev. 2015.

TARUFFO, Michele. Cultura y proceso. In: *Paginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. *Idee per una teoria dela decisione giusta*. In: *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

\_\_\_\_\_. *La justicia civil*. In: *Paginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

\_\_\_\_\_. *Proceso y decisión*. In: *Lecciones mexicanas de Derecho Procesal*. Marcial Pons, 2012, p. 37.

\_\_\_\_\_; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 1998, v. 1

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I.

\_\_\_\_\_. Os poderes do juiz em face da prova. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 263, 1978.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório o direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 168, p. 108-141, fev. 2009.

TROCKER. Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia Constitucional do Contraditório no NCPC: Análise e Proposta. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, v. 38, p. 07, set./out. 2010.

\_\_\_\_\_. Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no Projeto do CPC. Disponível em: <[http://www2.bibliotecadigital.lex.com.br/bibliotecadigital/rdb.dll/Infobase6/31f4/33d1/33d7/33d8/33dc?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD\\_DoutrinaRLDB49-3](http://www2.bibliotecadigital.lex.com.br/bibliotecadigital/rdb.dll/Infobase6/31f4/33d1/33d7/33d8/33dc?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_DoutrinaRLDB49-3)>. Acesso em abril de 2015.

VIDIGAL, Edson. A Justiça que queremos. In: *Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no Tribunal Federal de Recursos e Superior Tribunal de Justiça*. Tribunal de Justiça, n. 52, 2009, p. 336. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/coletanea/article/viewFile/1741/1848>>. Acesso em 20 jun. 2015.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionale del processo civile*. Milano: Giuffré, 1970.

VINCENT, Jean; SERGE, Guincharderge. *Procédure civile*. 27. ed. Paris: Dalloz, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: *Participação e Processo*. Rio de Janeiro: RT, 1988.

WATERHOUSE, Price. *A constituição do Brasil de 1988*. São Paulo: Price Waterhouse, 1989.

WELTZEL *apud* SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de veracidade das partes no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Vellenich, 1975.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Tradução de: José Luis Carro y pról. Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1977.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trota, 2009.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Iures, 1997.