

BRUNO RESENDE RABELLO

**NOVAS PERSPECTIVAS E POTENCIALIDADES
PARA O CONTRADITÓRIO**

**Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2011**

BRUNO RESENDE RABELLO

**NOVAS PERSPECTIVAS E POTENCIALIDADES
PARA O CONTRADITÓRIO**

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Poder e Cidadania no Estado Democrático de Direito.

Orientador: Prof. Dr.
Humberto Theodoro Júnior

**Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2011**

BRUNO RESENDE RABELLO

**NOVAS PERSPECTIVAS E POTENCIALIDADES
PARA O CONTRADITÓRIO**

Tese apresentada e defendida perante banca examinadora constituída pelos seguintes Professores:

Data da defesa: _____

Resultado: _____

Banca examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Belo Horizonte, de _____ de 2011

Faculdade de Direito da UFMG

DEDICATÓRIA E AGRADECIMENTOS

Eu não teria conseguido concluir este trabalho se eu não tivesse tido o apoio e o incentivo incondicionais da Vânia, minha companheira de todas as horas, há mais de vinte anos. É claro que ser filho de pais como os meus – presentes, amigos e dedicados – faz de mim um privilegiado. Nela e neles eu encontrei em abundância o apoio que me faltou em outras esferas e a eles eu dedico esta tese.

Também me sinto privilegiado por ter amigos zelosos e dedicados que não me deixaram esmorecer nos muitos momentos difíceis. Espero poder retribuir, algum dia, a amizade dedicada da Maria Teresa e, principalmente, da Juliana.

Durante todo o período do curso, pude contar com a generosidade da colega Desirê. Também a ela, o meu mais sincero obrigado.

Difícil imaginar privilégio acadêmico maior do que ter o Professor Humberto Theodoro como orientador e interlocutor. Jurista de primeira grandeza, intelectual de estirpe, formação humanista invejável, gosto refinado, gentileza a toda prova. Será que um dia conseguirei me perdoar por não ter aproveitado como devia a oportunidade de ter sido um orientando seu?

RESUMO

O objetivo desta tese é lançar luzes sobre o instituto do contraditório, garantia tida como fundamental em todos os ordenamentos jurídicos democráticos, cujo conteúdo é muito mais amplo do que o simples direito de se fazer ouvir perante um juiz imparcial, em situação de paridade de armas, sempre que sua esfera jurídica puder vir a sofrer os efeitos da futura decisão. Mesmo sendo um direito imprescindível para a caracterização do processo como “justo”, o contraditório irradia efeitos para muito além do processo.

Palavras chaves: Contraditório. Processo justo. Direito fundamental

RÉSUMÉ

L’objectif de cette thèse est de réfléchir sur le principe du contradictoire, garantie fondamentale dans tous les systèmes juridiques démocratiques, dont le principe va bien au delà du fait de se faire entendre par un juge impartial, en situation de parité des armes, toutes les fois que son univers juridique est sous la menace des effets d’une décision future. Même s’il est un droit indispensable pour caractériser le procès comme « équitable », le principe du contradictoire irradie des effets qui dépassent le procès.

Mots clés : Principe du contradictoire. Procès équitable. Droit fondamental.

SUMÁRIO

CAPÍTULO	I	INTRODUÇÃO	9
.....			
CAPÍTULO II	CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS		19
.....			
CAPÍTULO III	DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO PROCESSO JUSTO....		41
1	Princípios	informadores do Direito Processual	41
.....			
2	Origens	do devido processo legal	42
.....			
3	Devido	processo legal em sentido material	43
.....			
4			45
“Superprincípio”			
5	O	modelo constitucional de processo.....	46
6	Processo justo		48
.....			
7	A justiça,	o processo e o direito positivo	50
.....			
CAPÍTULO	IV	O	CONTRADITÓRIO 53
.....			
1	Evolução histórica		53
2.	Contraditório		efetivo 58
.....			
3	Garantias	compreendidas no	60
contraditório.....			
3.1	O direito de se fazer ouvir em suas variadas expressões		60
.....			

3.2	Garantia	de	influência	60
.....				
3.3	Garantia	de	não-surpresa	66
.....				
4	A questão da supressão de instância consagrada por lei			71
.....				
5	A motivação das decisões judiciais e o respeito ao contraditório			72
.....				
6	Tutela de urgência			73
7	O julgamento liminar de improcedência: art. 285-A, Código de Processo Civil			76
8	O contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil			86
8.1	Preocupação expressa com o contraditório efetivo			86
8.2	A consagração legislativa da não surpresa			89
8.3	Reconhecimento da possibilidade de se atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração e obrigatoriedade de se observar o contraditório			91
9	Contraditório e processo administrativo			93
10	Muito além do processo			96
10.1	Poder privado			96
10.2	Direitos fundamentais como mandamentos de otimização			97
10.3	Contraditório pleno nas relações privadas			100
10.4	A tomada de posição do Supremo Tribunal Federal			101
CAPÍTULO V O REFORÇO DOS PODERES DO JUIZ COMO INSTRUMENTO CAPAZ DE EQUILIBRAR AS PARTES				103
.....				
1	Tendência ao aumento dos poderes do juiz			103
.....				
2	Questão de postura			104
.....				
3	O aumento dos poderes do juiz no projeto do novo Código de			105

Processo Civil	
4 A questão da imparcialidade	108
5 Imparcialidade e neutralidade	111
6 Repensando a imparcialidade	112
7 O direito positivo como parâmetro da justiça	117
8 Formalismo	118
9 Preclusão	122
10 Teoria das provas: acompanhando a evolução da teoria do processo	125
11 Instrução da causa: momento especialmente sensível à desigualdade entre os litigantes	127
12 Superação da interpretação tradicional no sentido da excepcionalidade da iniciativa probatória do juiz	130
13 O ideal de um “processo justo” como fundamento da iniciativa probatória do juiz	134
14 O princípio dispositivo	135
15 Uma significativa mudança de opinião	138
16 O mito da imparcialidade como obstáculo ao exercício dos poderes instrutórios pelo juiz	142
17 O significado das regras a respeito do “ônus da prova”	146
18 O artigo 130, Código de Processo Civil como regra geral	148
19 Verdade formal e verdade real	149
20 O princípio da cooperação entre os sujeitos processuais	150
21 Contraditório como fator legitimador da atividade judicial	152
CAPÍTULO VI CONCLUSÕES	155
BIBLIOGRAFIA	160
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	172

1 INTRODUÇÃO

Por um longo período, o processo foi considerado pela Ciência Jurídica mero apêndice do direito material, desprovido de qualquer traço de independência ou autonomia científica. Era a fase sincrética do processo, em que seus institutos ainda não haviam sido elaborados com rigor e nem tampouco estavam harmoniosamente coordenados.

Neste período, os conceitos de jurisdição, ação e processo eram ligados umbilicalmente à noção de direito subjetivo material, sendo que o processo era considerado como um modo de exercício de direitos subjetivos, o que se dava por meio da cadeia de atos que compunham o procedimento. A ação, por sua vez, era vista como uma faceta do próprio direito subjetivo violado e a jurisdição o mecanismo responsável pela sua tutela¹.

A partir da segunda metade do século XIX, sobretudo após a publicação dos estudos de BERNHARD WINDSCHEID² e OSKAR VON BÜLLOW³, o processo passou a ser reconhecido como ramo autônomo da ciência do direito e, a partir daí, os seus institutos a serem estudados com maior profundidade e com metodologia própria.

A afirmação do Direito Processual como um ramo autônomo da Ciência do Direito teve importância fundamental e indiscutível para o

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

² *A 'actio' do direito civil romano do ponto de vista do direito atual (Die 'actio' des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts)*, de 1956, é considerado um estudo pioneiro na demonstração da existência de dois planos distintos na ordem jurídica: o formal e o substancial e que a ação moderna “não é instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz, não tem por objeto o bem litigioso, mas prestação jurisdicional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade cit.*, p. 18). Alguns anos depois, a tese de WINDSCHEID foi contestada por THEODOR MUTHER, instaurando enorme e saudável polêmica a respeito do conceito e a natureza da ação. Os vários debates que aconteceram na seqüência, acabaram levando à conclusão da existência de um direito subjetivo dissociado do direito lesado, apto a provocar o exercício da atividade jurisdicional, o que foi a semente para a construção do moderno conceito de ação.

³ *A teoria das exceções e os pressupostos processuais (Die Lehre den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen)*, de 1968, que colocou luz sobre as diferenças entre a relação jurídica processual e a relação jurídica de direito material (que surgem em momentos diferentes, possuem objeto, sujeitos e pressupostos próprios).

desenvolvimento e aprimoramento teórico de seus principais institutos, notadamente no que diz respeito à definição de conceitos e à construção de estruturas bem ordenadas. Isso ocorreu durante a chamada fase autonomista, por necessidade de se afirmar a independência do Direito Processual em relação ao Direito Material.

Acontece, no entanto, que a propalada autonomia do Direito Processual – tão importante para sua evolução científica – foi, por quase todo o século XX, superdimensionada ou mal interpretada, o que acabou produzindo um efeito perverso: deixou-se de lado o caráter essencialmente instrumental do direito processual em relação ao direito material, relegando a um plano secundário sua principal, senão única, razão de existir: possibilitar a atuação do direito material diante de uma situação de conflito⁴.

A falta de consciência da necessidade de o processo conduzir aos resultados práticos previstos no direito material levou a que, muitas vezes, o ele chegasse ao fim apenas para *declarar* o direito subjetivo do litigante, sem se importar com a efetividade ou justiça da decisão. Havia, portanto, uma tutela apenas formal, muitas vezes incapaz de promover alterações concretas no mundo fático.

Eram tempos de formalismo e tecnicismo exagerados e de uma total falta de preocupação com os resultados do processo. Mesmo assim, há que se reconhecer o importantíssimo legado do trabalho destes estudiosos, sem os quais, hoje, os pesquisadores não estariam lidando com conceitos bem definidos, estruturas sólidas, linguagem precisa e peças articuladas⁵.

⁴ Por mais que se incentivem os meios alternativos de composição de conflitos, inimaginável que estes venham a substituir a via estatal ou mesmo se aproximar dela em volume.

⁵ Neste sentido, BARBOSA MOREIRA, afirma que “não há que censurar a geração de estudiosos que durante anos lavraram, com instrumentos de uma técnica incessantemente aperfeiçoada, o terreno do processo. Era útil, e foi útil, que o fizessem”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 78, abr.-jun. 1995, p. 134).

Era inevitável, contudo, tomar consciência de que o processo não poderia se contentar com uma autonomia científica restrita à pesquisa e à definição de conceitos.

Especialmente a partir do terceiro quarto do século passado⁶, ganhou corpo um movimento mundial para se rever os rumos que o Direito Processual vinha tomando. Para isso, foi fundamental a constatação de que o desenvolvimento teórico-científico de seus principais institutos nem sempre se fazia acompanhar por uma “justiça” mais célere ou justa, enfim, por uma melhor prestação jurisdicional⁷.

A avaliação da eficácia de um determinado sistema processual não pode deixar de levar em conta sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Muito mais importante que uma ciência processual conceitualmente desenvolvida ou que um corpo de leis tecnicamente avançado é verificar em que medida estes são aptos para atingir os resultados a que se propõem. Atualíssima a clássica lição de CHIOVENDA segundo a qual “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”⁸.

Preocupações com a técnica e com a precisão conceitual justificam-se quando vinculadas ao alcance de determinados objetivos, não podendo ser transformadas no objeto principal da Ciência Processual⁹.

⁶ Marco importante foi a publicação da obra/relatório *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report* (Milão: Giuffrè, 1978), em que MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, depois de exporem como o conceito de “acesso à justiça” evoluiu durante o tempo, até ser reconhecido como o mais fundamental dos direitos humanos, fazem um painel dos principais obstáculos a serem enfrentados e analisam as tentativas de superá-los em diversos ordenamentos jurídicos.

⁷ Comprova essa afirmação o fato de que, em que pese a doutrina processual italiana ser apontada como a mais importante, produtiva e influente do sistema de *Civil Law*, principal responsável pelo desenvolvimento científico dos institutos processuais, ninguém chega a apontar a Itália como exemplo de bom funcionamento de Justiça.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. Roma: Foro Italiano, 1930, v. 1, p. 110.

⁹ Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19.

O jurista contemporâneo não pode ficar indiferente aos obstáculos e dificuldades enfrentados para que seja prestada a tutela jurisdicional adequada a quem dela precisa. A questão do acesso à justiça vem protagonizando a pauta do Direito Processual já há algumas décadas.

Segundo CAPPELLETI e GARTH¹⁰, as preocupações com o problema do acesso efetivo à justiça atacaram, sucessivamente, diversos aspectos. Inicialmente (“a primeira onda”), mereceram maior atenção os problemas atinentes à assistência judiciária aos carentes. Há que se reconhecer, contudo, que apesar do notável aprimoramento dos sistemas de assistência judiciária e da importância destes para o “acesso”, isso não foi suficiente para resolver todas as questões.

Nem a isenção das taxas judiciárias e dos ônus sucumbenciais para as pessoas carentes, nem o fornecimento de advogados remunerados pelo Estado bastaram para assegurar o pleno acesso. A longa duração dos processos, a disparidade de armas “processuais” entre os litigantes e a permanência da tutela inadequada para uma série de direitos subjetivos demonstravam que ainda havia um grande caminho a ser percorrido.

O segundo grande foco de preocupações foi o problema da representação dos interesses difusos e coletivos, já que o processo civil tradicional foi concebido para a tutela de interesses individuais, não sendo adequado para resolver alguns tipos de conflitos cada vez mais frequentes nas sociedades massificadas, envolvendo o interesse de grande número de pessoas, algumas vezes indeterminadas. A partir daí, começou a se repensar – com perspectiva completamente diferente da individualista – questões como a legitimação para agir, os limites da coisa julgada e o modo como participam do processo aqueles que sofrem os efeitos do provimento.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. [trad. Ellen Gracie Northfleet]. Porto Alegre: Fabris Editor, 1988.

A chamada “terceira onda”, sem deixar de lado as duas primeiras preocupações, envolve uma nova abordagem do acesso à justiça, que dirige o centro das atenções para o conjunto geral de instituições, mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e até mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Esse novo enfoque reconhece a necessidade de adaptar o processo civil aos diversos tipos de litígio, já que estes se diferem em sua complexidade, em relação aos valores e/ou interesses envolvidos, no tocante à necessidade de uma solução rápida etc. Considera, também, aspectos relacionados às partes, como o tipo de relacionamento (prolongado e complexo ou eventual) e o poder de barganha. Da mesma maneira, ressalta que é preciso se atentar para o grau de repercussão das disputas (coletiva ou individual). Em suma, conclui-se que é preciso verificar o papel e a importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los.

No Brasil, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO pode ser apontado como o grande sistematizador de uma visão instrumentalista do processo. Criticando os exageros e distorções verificados na fase científica do Direito Processual – tão voltada para si própria que acabava por enaltecer a forma pela forma – proclamou a imperiosa necessidade de se voltar os olhos para o papel fundamental que cabe ao processo e que estava ausente da ordem do dia do processualista: servir de instrumento para que o direito material possa ser atuado diante de uma situação litigiosa concreta¹¹.

Assim, mais que mero instrumento de realização da vontade concreta da lei, o processo passou a ser visto como mecanismo de realização da tutela, necessariamente comprometido com o *resultado* e que, mais que simplesmente outorgar o direito a seu titular, é capaz de realizar todos os fins e produzir todos os efeitos a ele inerentes.

¹¹ *A Instrumentalidade do Processo*, cit., é tido como estudo pioneiro sobre o tema, responsável direta pela mudança de rumo nos estudos sobre o Direito Processual em nosso país.

Avançando na trilha aberta por DINAMARCO e ainda dentro do espírito da chamada “terceira onda” é de se destacar o trabalho de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, que propõe incluir a questão da técnica processual entre os objetos de estudo que precisam urgentemente de uma releitura, pois sua “complexidade, incorreta compreensão e má-aplicação têm contribuído decisivamente para o insucesso do instrumento”¹².

Embora não se possa falar em consenso, a imensa maioria dos processualistas de hoje reconhece a importância de uma reaproximação do direito processual com o direito material – sem jamais negar a autonomia daquele. A efetividade do processo e a busca por um processo de resultados encontram-se, como não poderia deixar de ser, na pauta do dia dos estudiosos da Ciência Processual.

Não se pode mais pensar em tutela jurisdicional como um conceito abstrato e indiferente às peculiaridades de cada conflito. Pelo contrário, ela deve se tornar mais flexível, de modo a se adaptar àquilo que cada processo precisa para se desenvolver validamente. Fala-se, neste sentido, em tutela jurisdicional diferenciada, como um importante instrumento para se conferir proteção efetiva às diferentes situações de direito material¹³.

O direito à *tutela* jurisdicional adequada – compreendida esta como efetiva proteção que a ordem jurídica confere ao titular de um direito subjetivo ameaçado ou lesado – não se confunde com o mero direito à prestação jurisdicional, já que este é atendido com a prolação da sentença de mérito, ainda que de improcedência.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

¹³ Adotamos aqui uma concepção de tutela jurisdicional diferenciada que vai além da criação de um procedimento especial pensado abstratamente e regido por normas que o afastam do procedimento padrão traçado pelo Código de Processo Civil, sempre em atenção ao tipo de direito material que se pretendeu tutelar (v.g.: procedimentos especiais em sentido estrito do CPC, ação civil pública, mandado de injunção, procedimentos perante os Juizados Especiais, etc.). Também é diferenciada a tutela que, diante das circunstâncias particulares do caso concreto, afasta-se em alguma medida do procedimento abstratamente concebido para conferir proteção mais efetiva ao direito material. Seria o caso, por exemplo, da aplicação da teoria da carga dinâmica da prova ou da adoção/alteração das medidas coercitivas para se obter a tutela na forma específica.

A meta de todo processualista deve ser a construção de meios para se possibilitar uma tutela jurisdicional realmente efetiva, o que compreende não apenas uma prestação jurisdicional tempestiva e adequada¹⁴, mas que também seja resultado de um processo em que o fator decisivo na elaboração do provimento tenha sido a posição de vantagem que o direito material reconhece a um dos litigantes.

O objetivo que deve ser buscado é a criação de condições propícias para se alcançar um processo cuja solução final dependa *apenas e exclusivamente* dos méritos jurídicos das partes em conflito, eliminando a influência de quaisquer fatores estranhos ao Direito. Vale dizer: o processo ideal deve conduzir à efetiva tutela jurisdicional da parte que, à luz do direito material, merece a proteção do Poder Judiciário e não, como muitas vezes acontece, à vitória de quem detinha os melhores advogados, condições econômicas mais favoráveis, relações informais mais sólidas com os serventuários da justiça e órgãos jurisdicionais¹⁵, melhores condições de suportar a longa duração da causa ou que se beneficiasse das dificuldades da outra parte em produzir provas.

Há que se reconhecer, antes de tudo, que ainda se está a léguas do ideal preconizado acima e que as influências estranhas ao mérito jurídico têm sido, com freqüência indesejável, decisivas para a solução de inúmeros processos.

¹⁴ Em que pese a demora na solução dos litígios ser sempre um entrave à efetividade, mal que deve ser sempre combatido, não basta que a resposta judicial seja célere. É preciso que, além de rápida, seja capaz de realizar o direito material, conferindo-lhe a real proteção desejada pelo ordenamento. Assim é que direitos de naturezas diversas não são tutelados da mesma maneira. A lesão a um direito de cunho não patrimonial não é adequadamente tutelada pelo pagamento de indenização, como acontece com os direitos patrimoniais. Mesmo se o pagamento da indenização se der em tempo razoável, o direito ao meio-ambiente hígido, *v.g.*, nunca será adequadamente tutelado pelo pagamento de indenização.

¹⁵ Não pode passar despercebida a circunstância de que os litigantes habituais, pelo simples fato da habitualidade, podem se encontrar em posição vantajosa em relação àquele outro sujeito cujo contato com o Poder Judiciário é eventual. Como apontam CAPPELLETTI e GARTH (*Acesso...*, cit., p. 25-26) a maior experiência dos litigantes habituais lhes permite planejar melhor o litígio, gozar das vantagens da economia de escala, diluir os riscos da demanda e até mesmo testar estratégias, sem falar nas chances de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória.

No contexto em que o sistema processual deve ser valorizado pelos resultados que ele proporciona e que se busca um processo justo, alguns institutos processuais adquirem importância peculiar, revelando-se imprescindíveis ao alcance dos objetivos pretendidos. É o que ocorre com o contraditório, que possui potencialidades ainda não suficientemente exploradas pelos estudiosos do processo.

Em virtude disso, a concepção de processo como procedimento realizado em contraditório entre aqueles sujeitos que irão sofrer, no seu patrimônio jurídico, os efeitos do provimento final – dentro de uma perspectiva que prime pela efetividade – merece ser reavivada, especialmente sob a ótica do devido processo substancial, que exige do intérprete a atualização do próprio conceito de contraditório.

Com efeito, se se pretende um processo capaz de garantir ao titular do direito subjetivo ameaçado ou violado uma efetiva proteção do ordenamento jurídico, o contraditório não pode mais ser identificado como mera igualdade de *oportunidades de manifestação* no processo. Não basta que se garanta às partes iguais chances de serem ouvidas e, assim, participarem da construção do provimento final, mormente se entre elas existe uma desigualdade material considerável¹⁶.

A garantia de participação das partes na fase de preparação da sentença é fator legitimamente do ato de império em um Estado de Direito que se quer democrático. Entendemos, contudo, que se quisermos lutar por um contraditório não apenas formal – igualdade de chances de participação – mas também material – paridade de armas nas manifestações – o papel do juiz tende a ganhar destaque, bem como seus poderes serem incrementados.

¹⁶ Segundo AROLDO PLÍNIO GONÇALVES, a concepção de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes, ao garantir o direito daqueles que sofrerão os efeitos do provimento em seu patrimônio jurídico de participar da construção deste provimento, seria suficiente para que estes não mais temessem pelas preferências pessoais ou convicções ideológicas dos juizes. (cf. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 195-196).

A função jurisdicional não pode ser reduzida ao mero controle de formalidades (entre estas garantir o direito de manifestação da outra parte), firme na crença de que zelar para a construção participada do provimento basta para garantir sua correção. O juiz de nossos dias, ao contrário do que se afirmou outrora e ainda é afirmado por muitos autores, não pode deixar de ser considerado depositário de nossas esperanças na busca pelo real contraditório.

O incremento de seus poderes – consequência inevitável de uma concepção substancial do princípio do devido processo legal – faz parte de um movimento contrário à tendência de se amesquinhar a função jurisdicional, ignorando sua verdadeira função de reestabelecimento da ordem material e composição de conflitos. Obviamente, esse aumento de poderes exige aperfeiçoamento dos instrumentos de controle, especialmente no que diz respeito à fundamentação das decisões

O objetivo principal deste trabalho é lançar um pouco de luz sobre algumas das potencialidades ainda inexploradas (ou pouco exploradas) do contraditório, demonstrando que, muito além da simples garantia de bilateralidade de audiência, ele pode se tornar o principal motor de uma nova etapa da Ciência Processual, em que o processo justo passa a ser o critério de avaliação e o objetivo a ser buscado.

Mais do que isso, a concepção do contraditório como garantia fundamental do indivíduo, essencial ao próprio Estado de Direito, faz com ele repercuta até mesmo fora do processo, trazendo importantíssimos reflexos para os direitos subjetivos.

No caminho, procuraremos apontar algumas diretrizes para o alcance de um contraditório no sentido material, entendido este como um contraditório que não se limite a garantir oportunidades iguais de

manifestação dos interessados, mas que, partindo do pressuposto de que podem existir profundas desigualdades materiais entre as partes - e que estas podem ter reflexos indesejados na condução do processo e no seu resultado final - cuide de minimizar tais efeitos.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Ao trabalharmos com a releitura de um princípio como o do contraditório, cujo conceito tradicional encontra-se impregnado na doutrina, faz-se necessário e oportuno levantar algumas considerações sobre o modo de atuação desta categoria normativa no ordenamento.

Sabe-se que a palavra “princípios” não é de uso exclusivo da ciência jurídica, sendo freqüentemente utilizada em diversos ramos do saber, como nas ciências exatas, na química, na biologia, na lógica e assim por diante.

Sua utilização pela doutrina e pela jurisprudência é bastante freqüente, mas nem por isto se pode dizer que o seu sentido e alcance sejam inequívocos. Por se tratar de conceito um tanto vago, é utilizado para as tarefas mais diversas, não sendo raro que lhe peçam muito mais do que pode efetivamente oferecer ou que seja usado indevidamente para justificar as mais variadas arbitrariedades.

Em clássico estudo sobre a matéria, JOSEF ESSER¹⁷ adverte que a vagueza do conceito o torna propício a toda classe de abusos, tanto na política quanto no foro e que uma expressão como “o princípio inspirador do artigo tal” pode prestar-se a toda sorte de raciocínios superficiais.

Há, por tudo isso, o risco de uma postura demasiadamente otimista e exagerada em torno das possibilidades dos princípios enunciados, fruto de uma visão simplista e pueril do problema.

Embora polissêmico, vale salientar que mesmo utilizado em seu sentido vulgar (“homem sem princípios”, “contra os meus princípios”), o

¹⁷ ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961, p. 3.

termo princípio é impregnado de um inegável aspecto ético, revelando que o sentido de exigência moral é um de seus componentes essenciais.

Nenhum jurista nega a importância fundamental dos princípios para a compreensão de um determinado sistema ou ramo da ciência. Para FERRARA¹⁸, a assimilação dos princípios de direito deveria compor a base de todo estudo científico jurídico, pois estes é que, lançando luz plena sobre as controvérsias, permitem a colocação dos meios de resolução para as questões mais complicadas. O conhecimento dos princípios *“preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”*¹⁹.

São eles que irão nortear o operador do direito diante das inevitáveis complicações práticas, possibilitando por um pouco de ordem no caótico depósito de textos legais e doutrinários em que muitas vezes se transforma a mente do estudioso. Sem isto, toda a bagagem de informações assimiladas permanecerá desordenada e ante o confronto com novas ou complicadas questões a insegurança e a confusão terão sempre lugar.

O significado dos princípios para a evolução jurídica sofreu importantes mudanças de uma época para outra. Numa primeira fase, a jusnaturalista, a dimensão ética que inspirava os princípios era reconhecida, mas sua normatividade era ainda desconsiderada ou bastante questionada.

A partir da implantação dos Estados de Direito, impulsionada pelo movimento constitucionalista, o Direito passa a ser visto como um sistema normativo de regras gerais e abstratas que deveriam ser observadas da mesma forma por todos os membros da sociedade e que limitavam, por força

¹⁸ FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*, t. 1, vol. 1. Roma: Atheneum, 1941, p. 3.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 748.

do princípio da separação de poderes, até mesmo a atuação do próprio Estado²⁰.

A ilimitada confiança na razão humana possibilitou que, entre o início do século XIX e a primeira metade do século XX, os países da Europa continental assistissem à elaboração das grandes codificações. Acreditava-se que a obra legislativa seria suficiente para esgotar todo o Direito. Neste período verificou-se acentuada perda de prestígio do Direito Natural clássico e a expansão doutrinária do positivismo jurídico, cuja concepção básica sustentava que os princípios gerais de direito equivaleriam aos princípios que informam e servem de fundamento para o direito positivo²¹, podendo ser assim identificados através de sucessivas generalizações, ou seja, pelo método indutivo. Em razão disto, durante a fase em que o positivismo reinou absoluto, a força dos princípios era explicada justamente pelo fato deles derivarem da lei, e não por seu inegável conteúdo ético.

O modelo do Estado de Direito é caracterizado por uma nítida separação entre sociedade política e sociedade civil. O Direito atuava basicamente no sentido de delimitar os espaços de liberdade dos indivíduos, sendo constituído preponderantemente de normas de conteúdo negativo (não matar, não roubar, etc.). A atividade do juiz não podia deixar de ser considerada neste quadro como mera subsunção do fato à norma legislada e daí a generalização da idéia de que o juiz é a “boca pela qual a lei fala”.

No apogeu da doutrina positivista, o repúdio ao Direito Natural e aos seus postulados foi tão forte, que os princípios gerais, errônea e

²⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito, *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte, v. 3, 1998, p. 478.

²¹ Cf. FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*, Madri: Civitas, 1990, p. 39.

abusivamente assimilados àquela idéia²², tiveram negada toda e qualquer possibilidade de desenvolvimento e aplicação.

Realmente, o desenvolvimento dos estudos sobre os princípios encontrou um grande entrave na batalha aguerrida travada entre as escolas do positivismo jurídico e do jusnaturalismo. Durante muito tempo, pareceu inevitável que a simples menção à palavra princípio gerasse sempre o renascimento da disputa entre direito natural e positivismo, o que podia ser explicado pelo falso parentesco com o direito natural atribuído aos princípios. Mas apesar disto, a boa doutrina soube dar o devido lugar aos princípios²³.

O ponto central da controvérsia entre estas duas escolas de pensamento reside em que, enquanto a corrente jusnaturalista afirmava a insuficiência do direito legislado para preencher as eventuais lacunas da lei e assim resolver os chamados casos difíceis, os positivistas entendiam que aquela ordem de normas exauria todo o ordenamento jurídico e que os princípios poderiam ser obtidos por analogia, dentro do próprio ordenamento.

Hoje em dia, a situação é bastante diferente, chegando a se admitir, numa perspectiva retificadora, que o Direito Natural, tomado sem sectarismos ou parcialidade, pode constituir uma útil referência para uma ordem justa e neste sentido não pode perturbar, mas só beneficiar o conjunto legislado, conferindo-lhe orientação ética e conteúdo moral²⁴. Mas para que isto se tornasse possível, foi imprescindível a concepção de um direito natural fundado na razão humana e não na razão divina, laico portanto.

²² Diz-se errônea e abusiva pois como não existe um só *ius naturale*, mas uma pluralidade de concepções sobre direito natural, é verdadeiramente impossível extrair uma unidade conceitual de tal pluralismo inorgânico (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*, 6. ed. México: Porrúa, 1989, p. 318).

²³ Cf. REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 5.

²⁴ Cf. REZZÓNICO. *Principios...*, cit., p. 64.

Não demorou muito para que o primeiro modelo de Estado Constitucional, o Estado de Direito, se mostrasse insuficiente para atender aos anseios da sociedade. A liberdade e igualdade formalmente garantidas revelavam-se, na prática, fatores de exploração e de desigualdade material. O Estado de Direito mínimo, fruto do modelo liberal, começa a ser atacado por idéias socialistas, comunistas e anarquistas. É chegada a hora de se rever este modelo de Estado e, conseqüentemente, o papel que o juiz deve desempenhar.

No final do século XIX já era evidente as grandes transformações sofridas pela sociedade nos cem anos anteriores. Cada vez eram maiores e mais organizados os movimentos coletivos, obrigando o Estado a reconhecer uma série de direitos aos empregados, como salário mínimo, jornada de trabalho máxima, acesso à saúde, educação e lazer, segurança e higiene no local de trabalho, etc..

Mas foi após a Primeira Guerra Mundial e especialmente em razão da massificação da sociedade - causada, entre outras coisas, pelo crescimento das cidades, racionalização da produção e aparecimento de novas técnicas de contratação - que se pode observar com maior clareza o movimento de redefinição do papel do Estado.

Com efeito, desde antes já se começava a delinear o novo modelo de Estado que pressupunha a materialização dos direitos nominalmente garantidos no Estado de Direito e sentia-se a necessidade de, muitas vezes, redefini-los. Direitos antes tidos como absolutos como a liberdade e a propriedade, agora deveriam conformar-se com uma função social. Passou-se a reconhecer a existência de direitos até então ignorados como os direitos sociais e coletivos.

O constitucionalismo encontra-se, a partir daí, assentado em um novo paradigma de Estado: o Estado Social, que tem sua área de atuação

sensivelmente ampliada, devido à imperiosa necessidade de materialização dos direitos reconhecidos. A diferença entre direito privado e direito público, de acordo com este novo modelo, passa a ser meramente didática, pois, ontologicamente, todo Direito é considerado como público.

Obviamente, a tarefa do juiz neste novo Estado Social torna-se muito mais complexa, não se limitando mais apenas a uma aplicação mecânica da lei. Para que exerça com sucesso a função de materializar os direitos e valores consagrados nas novas Constituições, o juiz é forçado a reconhecer que existe Direito além da lei, já que nem todos os princípios jurídicos podem ser obtidos pelo método de indução.

DEL VECCHIO é apontado como o responsável pela ruptura com o pensamento positivista ao indagar durante aula inaugural em 1920 se os princípios gerais encontravam-se dentro ou fora do sistema, o que foi decisivo para abalar as estruturas do legalismo positivista²⁵. O dogma principal da doutrina positivista - a suficiência do direito legislado - é irremediavelmente abalado. Mas muito ainda se discute no tocante às funções dos princípios.

Na tentativa de formular uma conceituação de princípios isenta de críticas, a doutrina costuma destacar a formulada por CRISAFULLI em 1952:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: seja, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém²⁶.

²⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, 10. ed., p. 233.

²⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, cit., p. 230.

O grande mérito desta conceituação consiste no fato de ter sido precursora em realçar o seu caráter normativo, pois antes disto todos os conceitos propostos pecavam por não destacar este traço que é o mais realçado pela doutrina contemporânea e apontado como o apogeu da evolução dos estudos. Note-se, no entanto, que a definição do autor italiano omite o aspecto ético que entendemos ser essencial aos princípios de direito.

O reconhecimento da normatividade dos princípios é tido como um dos maiores passos da doutrina contemporânea nesta seara. Para BONAVIDES, coube ao constitucionalismo contemporâneo dar o grande passo para erigir os princípios à categoria de normas, numa reflexão ao mesmo tempo profunda e aperfeiçoadora, que revela a tendência à *“compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a Lei com o Direito”*²⁷. Antes disto, as doutrinas positivistas chegavam ao ponto de negar a própria existência dos princípios alegando ora sua incompatibilidade com a segurança jurídica e outras vezes a carência de força jurídica.

Esta fase atual pode ser chamada de pós-positivista e é marcada por duas características principais, quais sejam, a acentuação pelas novas constituições promulgadas da hegemonia axiológica dos princípios e o reconhecimento da força normativa dos mesmos.

Realmente, a doutrina contemporânea parece não mais divergir a respeito da existência ou não de distinção entre princípios e normas. Quando se insiste em tal distinção, ela é feita com fins didáticos, como se infere da seguinte passagem de LUÍS ROBERTO BARROSO:

²⁷ BONAVIDES, *Curso...*, cit., p. 238.

As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema²⁸.

Mais enfático ainda é BONAVIDES que ao constatar que a idéia de princípio atingiu tamanha maturidade, afirma ser hoje “possível asseverar, a exemplo de ESSER, ALEXY, DWORKIN E CRISAFULLI, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras”²⁹.

Dentre as diversas fórmulas propostas pelos mais ilustres teóricos, outras idéias além do conteúdo ético aparecem como uma constante. Assim, pode se dizer que o termo princípio é quase sempre usado para indicar disposições normativas providas de um alto grau de generalidade e indeterminação, de caráter programático, de posição hierárquica muito elevada, dirigidas aos órgãos de aplicação e que desempenham importante função no sistema jurídico³⁰.

A construção doutrinária que sustenta o caráter normativo dos princípios visou a superação da antinomia Direito Natural/Direito Positivo e, por isto, chama-se de pós-positivista a corrente de pensamento que defende estas idéias.

A doutrina pós-positivista encontra em RONALD DWORKIN uma de suas maiores e mais controvertidas figuras. DWORKIN³¹ propõe de maneira clara e expressa atacar o positivismo então reinante, através de uma

²⁸ BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996, p. 114.

²⁹ BONAVIDES, *Curso ...*, cit., p. 243.

³⁰ Cf. BONAVIDES, *Curso...*, cit., p. 230.

³¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 65 e ss.

crítica contundente a três de suas proposições centrais que, de forma resumida, são por ele enunciadas da seguinte forma:

a) O direito da comunidade é o conjunto de normas especiais usadas direta ou indiretamente por ela com o fim de determinar qual comportamento será submetido à coerção pelos poderes públicos. Estas normas são identificadas e distinguidas por critérios específicos, relacionados não com o seu conteúdo, mas com sua origem ou com a maneira pela qual foram adotadas ou evoluíram. As provas de origem podem ser usadas para distinguir as normas jurídicas válidas das espúrias e também de outras regras sociais (normas morais), que a sociedade segue mas não se impõem como força pública.

b) O conjunto das normas jurídicas válidas esgota o conceito de direito, de modo que se algumas destas normas não cobre claramente determinado caso, este não pode ser decidido pela aplicação da lei. Deve ser decidido por algum funcionário (um juiz, p.e.), no exercício de sua discricção, o que significa ir mais além da lei em busca de outro tipo de *standard* que o oriente na preparação de uma norma nova ou na ampliação de uma existente.

c) Dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é o mesmo que afirmar que seu caso se inclui dentro de uma norma jurídica válida que lhe exige fazer algo ou que lhe proíba que o faça. Na ausência de uma norma jurídica, não há obrigação jurídica, de onde se conclui que, quando um juiz decide um conflito no exercício de sua discricção, não está impondo um direito jurídico no que se refere a este conflito.

O ataque que DWORKIN faz ao positivismo centra-se no fato de que a idéia central do modelo positivista, qual seja, *a de que existe uma única fonte de direito que é a legislativa*, nos obriga a passar por alto sobre o importante papel daqueles *standards* que não são considerados como normas (como é o caso dos princípios), mas que são freqüentemente utilizados na

solução de casos tidos como difíceis, justamente por não se enquadrarem numa norma legal preexistente³².

O grande mérito da empreitada de DWORKIN é a distinção lógica que ele estabelece entre os princípios jurídicos e as simples normas jurídicas (regras), tendo em vista que eles atuam em diferentes dimensões. Realça que ambos apontam para decisões particulares relativas à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, mas o *caráter da orientação* que cada um deles fornece é completamente diverso.

A razão disto está no fato de, diversamente das regras legais, serem as normas aplicáveis de forma *disjuntiva*. Diante dos fatos previstos em uma norma, pode se chegar a duas possíveis soluções: ou a norma é válida e sua resposta deve ser aceita ou não é válida e de nada serve para a decisão. Eventuais exceções à norma podem existir, mas estas devem estar expressamente enumeradas no enunciado.³³

De outro lado, é completamente diferente a maneira como os princípios operam, já que eles não pretendem estabelecer conseqüências jurídicas automáticas diante das situações previstas. Não é necessário que sejam enunciadas as suas exceções e sua eventual enumeração não proporciona uma enunciado mais completo ou mais exato do princípio.

Ao contrário do que se verifica em relação à norma legal, um princípio não exige uma decisão em particular. Pode haver outros princípios ou diretrizes que apontem em direção contrária e, neste caso, é possível que, diante de um caso concreto, determinado princípio não prevaleça. Mas isso não quer dizer que o princípio preterido não faz parte do nosso sistema jurídico, pois diante de outros casos, em que as considerações em contrário não tenham o mesmo peso, ele pode vir a ser decisivo. Quando se diz que um

³² Cf. DWORKIN, *Los derechos ...*, cit., p. 72.

³³ Cf. DWORKIN, *Los derechos ...*, cit., p. 75.

determinado princípio é um princípio de nosso direito, o que se quer dizer é que ele deve ser levado em conta pelo aplicador no momento de se decidir para qual lado ele deve inclinar-se.

Isto acontece porque os princípios possuem uma dimensão que falta às normas: a dimensão do peso ou importância. Como os princípios quase sempre expressam valores éticos ou morais, o ideal seria que cada um atuasse ilimitadamente, mas isto faz com que um interfira na esfera de outro, acarretando um inevitável conflito.

Quando os princípios se interferem, o aplicador deve resolver o conflito levando em conta o peso relativo de cada um. Não pode fazer uma medição exata do peso dos princípios e o juízo a respeito de qual princípio é mais importante será freqüentemente motivo de controvérsia. Mas é parte essencial do conceito de princípio que ele possua esta dimensão, isto é, que tenha sentido a indagação sobre sua importância ou peso, o que não acontece com as normas³⁴.

Na mesma linha de raciocínio que DWORKIN, o eminente constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO, após constatar que os princípios são verdadeiras normas, propõe-se a enumerar as diferenças qualitativas existentes entre eles e outras categorias de normas e o faz nos seguintes termos:

(1) - os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual; a convivência das regras

³⁴ Cf. DWORKIN, *Los derechos ...*, p. 78.

é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinómicas excluem-se;

(2) - consequentemente, os princípios, (...), permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à <<lógica do tudo ou nada>>), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos;

(3) - em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas <<exigências>> ou <<standards>> que, em primeira linha (...), devem ser realizados; as regras contêm <<fixações normativas>> *definitivas*, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias;

(4) - os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)³⁵.

Com efeito, não podemos dizer que uma norma seja mais importante que outra dentro do sistema de modo do mesmo modo que acontece com os princípios. Diante de um conflito de normas, uma delas deve, necessariamente, ser considerada inválida. Outras normas do sistema estabelecerão que deve prevalecer apenas a norma emanada pela autoridade superior ou a norma emanada posteriormente ou, ainda, a norma mais específica.

Diante de um conflito entre princípios, a opção por um deles diante de um determinado caso concreto não significa, em hipótese alguma, que o

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, 6. ed., p. 167.

outro tenha sido completamente desprezado, mas apenas que diante das peculiaridades da questão apresentada, é preferível determinada opção.

O movimento das codificações é apontado como uma das conseqüências do liberalismo no campo do direito, pois preocupando-se em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, os códigos tiveram como objetivo se constituir em um conjunto de normas suficientes para regular toda a vida da sociedade civil de forma igualitária.

A instauração do Estado legislador, introduzido de maneira mais evidente pela Revolução Francesa, teve a notável pretensão de reduzir todo o direito às normas legais, cabendo a estas - e somente a elas - tutelar todo o conjunto de relações jurídicas possíveis. Conseqüentemente, o direito era concebido como se fosse exclusivamente aquele corpo de normas que compunham o sistema legal positivo, não havendo lugar para a inclusão do valor material da justiça do ordenamento jurídico. Realmente, o positivismo tinha como aspiração apagar toda regra jurídica que se situasse fora da lei.³⁶

Acontece que, não havendo como eliminar a necessária dependência da norma legal em relação ao fator tempo, a lei escrita nunca deixará de estar naturalmente desatualizada, na medida em que sempre refletirá uma aspiração do passado a regular situações futuras. É que enquanto a lei tende a se prolongar no tempo até sua alteração por outra lei, o mundo real nunca deixa de evoluir e assistir ao surgimento de novos tipos de relações e situações jurídicas, em relação às quais ainda não existe norma legal aplicável. Por isto, não se pode desprezar o papel importante da jurisprudência na construção de normas.

Após a sanção do *Code Civil*, os juristas abandonaram a observação dos movimentos incessantes da vida jurídica e, iludidos pela idéia de que o Código forneceria soluções para todo o tipo de questão, apegaram-se ao

³⁶ Cf. REZZÓNICO, *Principios...*, p. 43.

estudo mais fácil dos textos legislativos passando a exercer o papel de meros comentadores da lei.

Acreditava-se, então, que as eventuais lacunas na legislação, inclusive no tocante a questões novas e imprevisíveis, poderiam ser facilmente supridas com disposições da própria lei, através de operações lógicas de dedução e indução. Não tardou muito para que o mito da completude se revelasse nada mais que um verdadeiro mito, fazendo com que o intérprete acordasse para a realidade.

Temas específicos, típicos da realidade contemporânea como a locação de imóveis, o direito dos consumidores, as sociedades anônimas não encontravam espaço naquelas codificações, forçando o legislador a, assumindo a insuficiência do modelo codificado, editar leis especiais cujo aparecimento provocou uma descentralização do sistema de direito privado, e operou uma *inversão hermenêutica*, com a transferência das regras de interpretação para o âmbito das leis especiais, ainda que mantida a aplicação residual dos códigos³⁷ e também com o preenchimento da lacuna através da elaboração doutrinária e da construção jurisprudencial.

Nesta nova fase, em que a descodificação parece uma tendência irreversível diante da constatação da insuficiência dos códigos, estruturas abertas como os princípios gerais de direito podem constituir um mecanismo de ajuda para dominar a nova situação (descodificação, microssistemas).

Com efeito, o Direito não pode e não fica indiferente em relação a situações que não encontram-se reguladas nos códigos ou em lei esparsas; também não fica esperando que o legislador resolva estabelecer as regras aplicáveis. Há, diante da tendência imobilizadora inerente a toda legislação, uma necessidade de mobilidade perpétua do direito e os princípios constituem-se em importantes instrumentos para estes fins.

³⁷ TEPEDINO. Gustavo. A nova propriedade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 77.

Ao se deparar com relações interindividuais cada vez mais complexas, com um tráfico jurídico a cada dia mais massificado e com um tempo de ação e reação cada vez menor, as leis mostram-se deficitárias para atender à sociedade. Os princípios jurídicos, ao contrário, encontram neste quadro um ambiente propício ao seu desenvolvimento e à sua aceitação como instrumentos jurídicos capazes de resolver estes novos problemas e atender a estas exigências.

O apelo aos princípios significa o reconhecimento de que o legislado não esgota o conteúdo do direito, que há algo além do direito formulado e que as leis são insuficientes. O atraso do legislador em relação às novas e complexas realidades reclama uma reavaliação do papel que os princípios devem exercer no mundo contemporâneo.

O reconhecimento da insuficiência do legislado, a importância da jurisprudência para a evolução do direito, seja através da construção de novas normas, seja pela atualização das já existentes e o importante papel que os princípios exercem são sintetizados de modo exemplar por FERNANDO NORONHA, na seguinte passagem:

As normas geralmente são legisladas, mas existem também aquelas de origem jurisprudencial, e até algumas formuladas por via consuetudinária. Mesmo as normas legisladas não têm exatamente o alcance inicialmente querido pelo legislador, porque elas, com o passar do tempo, acabam transformando-se numa simbiose entre aquilo que o legislador quis e as ampliações ou limitações que as necessidades sociais e os valores prevaletentes em cada época recomendam, e que a jurisprudência aí consagrando. As normas que compõem um dado sistema jurídico são, assim, as reais, as que se aplicam na sociedade e tal qual se aplicam. Podem ser normas legisladas (e quase sempre trabalhadas pela jurisprudência), mas também

podem ser normas totalmente construídas pela jurisprudência, no seu incessante labor de ‘aplicação’ do direito, orientado pelos princípios e valores subjacentes. É por este processo que princípios e valores imperceptivelmente vão fazendo evoluir o direito que nos rege³⁸.

As novas constituições promulgadas no período que pode ser chamado de pós-positivismo acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, que são convertidos no alicerce sobre o qual se sustentam os novos sistemas constitucionais;³⁹ não há mais lugar para posições de índole positivista que sustentavam que os princípios não possuíam caráter normativo ou que haveria incompatibilidade deles com a segurança jurídica.

A crescente aceitação dos princípios deu causa ao que CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E SILVA chamou de “*crise da teoria das fontes*”:

A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e no desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o ‘*corpus iuris*’ vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação⁴⁰.

³⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 8-9.

³⁹ BONAVIDES, *Curso ...*, cit., p. 237.

⁴⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 74.

De acordo com JUDITH MARTINS-COSTA o reconhecimento da existência desta “crise das fontes de direito” exige uma mudança de cultura no direito, com o abandono do paradigma do sistema fechado (“que se auto-referencia de modo absoluto”) e com a adesão ao paradigma do sistema aberto ou, como prefere a autora, sistema de auto-referencia relativa, que “permite a contínua absorção dos dados e elementos que estão às suas margens, promovendo, em relação a estes, uma permanente ressystematização”⁴¹.

Como não podia deixar de ser, quando o dogma da identidade entre o direito e a lei e entre a lei e a norma começou a ruir, a segurança possibilitada por um tipo de interpretação estática e linear também foi abalada, o que levou a professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul a concluir:

Hoje vive-se, diversamente, no ‘mundo da insegurança’. Esta não reside apenas na circunstância da multiplicidade dos textos legais que abalaram a estrutura codificada, mas, fundamentalmente, da impossibilidade de manter-se, no universo em que vivemos, a integridade lógica do sistema⁴².

No que diz respeito especificamente ao trabalho de interpretação das normas, esta insegurança, inerente ao modelo contemporâneo de sistema aberto, decorre justamente do fato de que *o juiz, ao interpretar a lei, possui hoje uma liberdade muito mais ampla*, pois na medida em que os textos legais passaram se valer com mais intensidade dos chamados “*conceitos jurídicos indeterminados*”, permite-lhes incorporar nas soluções dos conflitos todos os valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta que não se encontram expressos nas normas legais. O juiz deixa de ser assim um autômato, verdadeira máquina de subsunção e passa a exercer um papel da maior relevância.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 274-275.

⁴² Cf. MARTINS-COSTA, *A boa-fé ...*, cit., p. 276.

A atividade hermenêutica do juiz é condicionada pelo novo modelo de Estado que começou a ser esboçado a partir da Segunda Guerra Mundial e que se manifestou em toda sua dimensão a partir da década de setenta: o Estado Democrático de Direito. Neste novo paradigma, os direitos de primeira geração são revestidos de uma conotação sobretudo processual o que requer uma nova postura do juiz não somente diante do texto legal, mas também face aos elementos fáticos do caso concreto. Veja-se a respeito a lição de MENELICK DE CARVALHO NETTO:

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto. Para tanto, é fundamental que o decisor saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico⁴³.

A exigência de uma nova postura do juiz, o clamor para que lhe seja consentida uma maior liberdade não significam e nem poderiam significar uma liberdade ilimitada. Permite-se ao juiz ir procurar, além do direito legislado, subsídios para formular a norma individual e concreta que irá solucionar o conflito. No entanto, isto não o exime de fundamentar sua decisão em outras normas que fazem parte do ordenamento jurídico, nem de obedecer àquelas outras normas que regulam o exercício de sua atividade.

⁴³ CARVALHO NETTO, *Requisitos...*, cit., p. 482.

Assim, diante da necessidade de incremento das atividades judiciais, as constituições de estados democráticos de Direito tratam de estabelecer limites e formas de controle àquela atividade. Em nosso ordenamento, o princípio constitucional que exige a motivação de todas as decisões judiciais sob pena de nulidade (artigo 93, IX, Constituição da República) permite que a parte exerça controle sobre a legalidade e constitucionalidade da decisão judicial.

Não se pode deixar de ressaltar, ainda, a importância que o princípio constitucional do contraditório irá exercer no sentido de minimizar a insegurança que uma maior liberdade do juiz poderia causar.

É que de acordo com as concepções mais avançadas de contraditório, tema a ser desenvolvida nos capítulos seguintes, toda a fundamentação utilizada pelo juiz na hora de decidir, tem que ter sido objeto de prévio debate pelas partes e, mais do que isso, tem que ter levado em consideração os argumentos por elas levantados, expondo racionalmente os motivos pelos quais alguns foram acatados e outros rejeitados.

Reconhecida a essencialidade da presença do contraditório na atividade que prepara o provimento podemos afirmar que este será ao menos potencialmente participado, isto é, refletirá necessariamente o resultado da participação das partes no iter de sua formação. Diz-se potencialmente, porque não se exige que as partes efetivamente participem do processo, mas apenas que lhes seja assegurado o direito de participar, em igualdade de oportunidades, sendo sempre possível que uma das partes, preferindo ficar inerte, resolva em ônus sua faculdade.

Assim, sendo imprescindível a presença do contraditório no processo, não se deve temer tanto pela insegurança que poderia representar uma maior liberdade do juiz na elaboração da norma individual e concreta. A respeito, a lição de AROLDO PLÍNIO GONÇALVES:

O processo, como procedimento realizado em contraditório entre as partes, cumprirá sua finalidade garantindo a emanção da sentença participada. Os seus destinatários já não precisam recluir pelas preferências ideológicas dos juizes, porque, participando do iter da formação do ato final, terão sua dignidade e sua liberdade reconhecidas e poderão compreender que um direito é assegurado, uma condenação é imposta, ou um pretense direito é negado não em nome de quaisquer nomes, mas apenas em nome do Direito, construído pela própria sociedade ou que tenha sua existência por ele consentida⁴⁴.

É que, exigindo que os sujeitos do processo que irão sofrer os efeitos da decisão tenham igualdade de oportunidade de participação na atividade preparatória do provimento, os riscos de que este provimento seja fruto de arbitrariedade judicial é, senão eliminado, bastante minimizado.

Como a atividade criadora do juiz irá ter uma maior relevância diante das lacunas na lei, torna-se necessário, desde já, esclarecer que a lacuna não se faz presente somente nos casos de inexistência de normas legais aplicáveis ao caso concreto. Segundo MARIA HELENA DINIZ⁴⁵, a lacuna aparece também diante de disposição legal que, se aplicada ao caso concreto, trará uma solução injusta. Neste último caso, o da chamada *lacuna axiológica*, o juiz não está dispensado de dar a solução mais justa ao caso, pois o valor justiça é um dos princípios fundamentais de todo sistema jurídico, que em hipótese alguma pode ser relegado a um plano secundário.

Mas mesmo reconhecendo que nos casos em que as normas legais não oferecem uma solução justa faz-se necessário um trabalho de criação judicial de direito, vale ressaltar que ao juiz não é permitido simplesmente

⁴⁴ GONÇALVES. Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 196.

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 97.

fazer justiça no caso concreto que lhe é submetido *sem que possa apoiar sua decisão no conjunto de normas que compõem a totalidade do ordenamento jurídico*. Por conta disto, é imprescindível que se estabeleçam as diretrizes para a construção jurisprudencial do direito, tendo os princípios um papel fundamental nesta tarefa⁴⁶.

Uma análise histórica permite concluir que enquanto o século XIX foi marcado pelo formalismo e por uma visão estática e legalista do direito, o século XX viu-se marcado pela aceitação do papel crescente dos princípios gerais de direito, o que conduziu à uma concepção mais tópica que formalista do raciocínio jurídico, o que tende a ser preservado e talvez até mesmo potencializado no séc. XXI. Comprovando-se esta tendência, a importância dos princípios como instrumentos poderosos de operação jurídica deverá também ser crescente.

A maior receptividade aos princípios também pode ser atribuída ao momento de ocaso que hoje vive a lei, considerando que a relação entre ela e o homem mudou totalmente. Segundo BACHOF⁴⁷, existe hoje a idéia imprecisa, mas verdadeira, de que a lei, outrora tida como um escudo da liberdade e do direito⁴⁸, converteu-se em ameaça real a estes bens, verdadeiro ato de conformação política, meio para a realização de variáveis e nem sempre legítimos fins políticos, o que é potencializado pela perda de confiança nos parlamentos.

A noção de princípio abriga a idéia de base, origem ou razão fundamental, servindo de referência para posteriores desenvolvimentos e conferindo-lhe uma hierarquia e um peso primordial. Trata-se, segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO de

⁴⁶ No mesmo sentido, NORONHA, *O direito ...*, cit., p. 9.

⁴⁷ BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*, Madrid: Civitas, 1987, p. 49.

⁴⁸ Tanto que o *Code* era o maior orgulho de Napoleão, que, consta, chegou a afirmar que sua verdadeira glória não era ter ganho quarenta batalhas, pois Waterloo mancharia a lembrança destas e sim o seu Código Civil, que viveria eternamente.

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico⁴⁹.

Intuitivo, portanto, que o reconhecimento do poder normativo e da força dos princípios jurídicos tem enorme potencial para a busca da tutela jurisdicional efetiva e adequada.

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, *Curso...*, cit., p. 747.

3 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL AO PROCESSO JUSTO

3.1 Princípios informadores do Direito Processual

Como afirmado anteriormente, a principal função dos chamados princípios informadores do Direito é organizar e dar coerência ao sistema jurídico, sempre levando em conta os valores atualmente vigentes no ordenamento. Neste sentido é que se costuma dizer que os princípios possuem um forte caráter axiológico, já que orientam a correta aplicação das regras hierarquicamente inferiores, servindo como ponto de partida para a correta interpretação do sistema jurídico.

Principalmente se for levado em conta o atual estágio de desenvolvimento da Ciência Processual – em que a efetividade deve ser vista como o norte a ser perseguido pelo intérprete – o estudo dos princípios que lhe informam não pode mais ficar restrito ao campo doutrinário.

A grande questão passa a ser a compreensão de como estes princípios e garantias constitucionais relacionados ao processo podem contribuir para uma *efetiva* tutela jurisdicional aos direitos substanciais⁵⁰, isto é, uma tutela que seja ao mesmo tempo adequada e tempestiva. É, sobretudo, a realização dos direitos – e não o simples reconhecimento dos mesmos – o parâmetro a ser observado.

Com apoio nos princípios, os órgãos jurisdicionais podem desprezar limites meramente textuais da norma ou mesmo restringir o sentido ordinário de um dispositivo, diante do caso que lhe é submetido. Uma determinada norma pode ou não ser relevante para uma decisão e, se

⁵⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial e efetividade do processo. In: *O Processo na Constituição* [coord. MARTINS, Ives Gandra da Silva e JOBIM, Eduardo], São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 270.

for, cabe ao intérprete delimitar a medida exata de tal relevância⁵¹, sempre justificando racionalmente suas escolhas.

3.2 Origens do *devido processo legal*

A expressão devido processo legal, embora consagrada nos mais diversos ordenamentos, é demasiadamente vaga e, por isso, não é tarefa fácil – e muito provavelmente, nem seja conveniente – estabelecer sua real extensão e significado.

Na jurisprudência norte-americana, apontada como responsável pela sedimentação da noção de *due process*, nunca houve interesse em se definir precisamente o seu conteúdo, havendo mesmo quem defenda que este deva continuar “*insuscetível de confinamentos conceituais*”⁵².

Para LUIGI PAOLO COMOGLIO, o *due process of law* não é cláusula de conteúdo rígido, preconstituído e preciso, mas, ao contrário, contém aberturas flexíveis que permitem testar em concreto a justiça (*fairness*) de cada procedimento⁵³.

Realmente, há um certo consenso em considerar que mais importante do que definir precisamente a cláusula é entender como ela influi de maneira importante e fundamental na vida e nos direitos das pessoas.

Da mesma maneira como acontece com todos os princípios, a noção de devido processo legal está sujeita às circunstâncias históricas e culturais de cada tempo e lugar, o que também explica a ausência de uma definição precisa do seu significado

⁵¹ LUCON, *O Processo...*, cit, p. 271.

⁵² DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 2. ed., rev., p. 33.

⁵³ COMOGLIO. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli, 2004., p. 49.

A fórmula comporta atualmente garantias de legalidade procedimental e de justiça substancial. Aponta-se como sua origem remota a cláusula 39 da Magna Carta, que pretendia criar uma garantia de legalidade do processo, oponível ao Rei, exigindo-lhe que respeitasse *the law of the land*⁵⁴. Posteriormente, o conceito de *law of the land* foi assimilado ao conceito de “*due process of law*”⁵⁵, culminando com sua consagração no texto da Constituição dos Estados Unidos, em 1791.

Assim, em sua concepção tradicional, a ênfase era apenas no caráter processual da garantia: o direito a um processo previamente ordenado. Na Carta Magna e na 5ª e na 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos, o princípio teve esta configuração. Também o texto da atual Constituição da República⁵⁶ deu destaque ao seu aspecto processual/procedimental.

3.3 Devido processo legal em sentido material

Já há algum tempo, contudo, o devido processo legal não é visto apenas como uma garantia de observância das normas processuais; ao contrário, passou a compreender outras garantias fundamentais como a de amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CR/88), a de ser julgado por um juiz determinado por normas pré-existente (juiz natural, art. 5º, XXXVII, CR/88), imparcial, independente e ao qual a lei tenha atribuído poderes para tanto (juiz competente, art. 5º, LIII, CR/88), a de exercer o contraditório e a

⁵⁴ A expressão “*law of the land*” é um termo jurídico, que equivale ao latim *lex terrae* (ou *legem terrae*, no acusativo) e que se refere-se a todas as leis em vigor em uma região, incluindo o direito legislado e o *common law*. Foi utilizada em uma das mais importantes cláusulas da Magna Carta, versão de 1297, nos seguintes termos: “*No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land*”

⁵⁵ Edward Coke, ao comentar a Magna Carta em 1606 e William Blackstone, fazendo o mesmo no século XVIII, são reconhecidos como juristas que promoveram a evolução da cláusula que veio a culminar com sua inserção na Constituição dos Estados Unidos, em 1791.

⁵⁶ Art. 5º, LIV. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

ampla defesa (art. 5º, LV, CR/88), a de ter um julgamento público e com decisões suficientemente fundamentadas (art. 93, IX, CR/88), dentro de um prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CR/88).

Desenvolveu-se, para além disso, a noção de devido processo legal em sentido material ou substancial. Segundo NELSON NERY JÚNIOR⁵⁷, esta nova concepção teve origem em um caso concreto (Calder x Bull) que foi submetido à Suprema Corte Norte-americana em 1798, no qual se discutiu os limites do poder governamental e se concluiu que atos legislativos ou administrativos violadores de direitos fundamentais ofendem à garantia do devido processo legal e, portanto, são passíveis de anulação pelo Poder Judiciário.

Quando se fala em devido processo legal no sentido material, alguns doutrinadores dão ênfase justamente a esta idéia: a possibilidade de o Poder Judiciário limitar o exercício do poder, controlando a constitucionalidade de atos leis e atos administrativos que se mostrem irrazoáveis ou desproporcionais⁵⁸.

Nos dizeres de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA DE CASTRO, a garantia do devido processo legal, em seu sentido substancial, apresenta-se como "*mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes*"⁵⁹. Funciona, assim, como instrumento típico do Estado democrático de direito, predisposto a evitar qualquer restrição ilegítima a direito do cidadão, sem um processo previamente ordenado, em que lhe tenha sido garantida a oportunidade de manifestação efetiva.

⁵⁷ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 39.

⁵⁸ Sobre a atuação da cláusula do devido processo legal substancial como instrumento de controle da razoabilidade e da proporcionalidade, confira-se LUCON, *O Processo...*, cit., p. 275-277.

⁵⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 48.

O entendimento do princípio como uma norma que assegurava *igualdade de tratamento perante o Poder Público* foi fruto de uma evolução gradativa que, no processo propriamente dito, manifestou-se na garantia de igualdade de tratamento das partes no processo ou de paridade de armas.

3.4 “Superprincípio”

Da maneira como o princípio do devido processo legal foi enunciado em nossa Constituição é possível afirmar que ele contempla uma noção básica: a de que ninguém pode ter sua esfera jurídica atingida por atos de império do Estado (“*privado da liberdade ou de seus bens*”), sem que sejam observadas todas as garantias e exigências inerentes ao processo.

Certo é que, como já apontado anteriormente, a garantia do devido processo legal não se esgota no dever de o processo observar as prescrições legais. Se assim o fosse, ele se confundiria com o princípio da legalidade e teria sua importância bastante esvaziada.

Há quem entenda ser o devido processo legal o único e verdadeiro princípio, que compreende ou do qual decorrem as demais garantias processuais contempladas no ordenamento jurídico, como os princípios do juiz natural, o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões judiciais.

Assim, para HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, o devido processo legal realiza a função de um superprincípio, “*coordenando e delimitando todos os demais princípios*”⁶⁰. Para RUI PORTANOVA, é um princípio informativo de todos os princípios, tão amplo e significativo que se confunde com o próprio Estado de Direito⁶¹.

⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24.

⁶¹ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 146.

3.5. O modelo constitucional de processo

No Estado Democrático de Direito contemporâneo – em que se reconhece como função primordial do processo proporcionar tutela jurisdicional adequada, efetiva e *justa* – a locução devido processo legal não exprime a idéia de justiça do processo, um dos aspectos que hoje se quer ver realçado.

Ao chamar para si o monopólio da função jurisdicional, proibindo o exercício da autotutela, o Estado assumiu o dever de prestar a tutela jurisdicional, sempre que solicitado. Em razão disso, o problema do acesso à justiça ganhou enorme importância, já que era de fundamental importância que todos os jurisdicionados, proibidos que estavam de resolver pelo uso da força própria os seus conflitos, pudessem recorrer ao Estado diante de lesão ou ameaça a direito.

Mas não apenas o direito de ingressar em juízo ou simplesmente propor uma ação judicial é que deveria ser garantido. Tão ou mais importante que isso era garantir também o direito de receber do Estado, em tempo hábil, uma solução adequada para o conflito submetido à apreciação.

O reconhecimento do direito à prestação jurisdicional efetiva – evolução do conceito de acesso à justiça – é, assim, consequência necessária da proscricção da autotutela.

No Estado Democrático de Direito contemporâneo, a idéia de que a tutela jurisdicional efetiva é que garante a eficácia de todos os demais direitos assegurados ganhou ampla aceitação. Sem esta tutela, o titular dos direitos não encontra proteção do Estado e o gozo pleno dos outros direitos fica em situação de risco. É justamente por ser imprescindível para salvaguardar

todos os demais direitos, que o direito de “acesso à justiça” foi apontado como o mais fundamental dos direitos⁶².

A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais – fenômenos marcantes no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial – evidenciaram que o direito à tutela jurisdicional efetiva também possuía as características de direito fundamental e como tal deveria ser tratado.

A partir de então, as Constituições modernas de diversos Estados Democráticos e também importantes tratados internacionais passaram a reconhecer diversas garantias relacionadas ao processo – derivadas de princípios de justiça natural, expressos por máximas consagrada como *nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita et alligata partium, nemo iudex in casa sua* e o *audiatur et altera pars* – como parte de um sistema de direitos humanos e requisitos essenciais e indispensáveis ao direito à tutela jurisdicional efetiva⁶³.

Assim é que os padrões universais estabelecidos após a Segunda Guerra Mundial para o Estado Democrático de Direito fizeram com que novas perspectivas para o estudo do processo aparecessem, dando ênfase ao seu papel com relação aos direitos e garantias constitucionais e permitindo se falar em um sistema de garantias (“garantístico”) processuais.

Do conjunto de regras e princípios constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela jurisdicional é possível extrair um modelo constitucional de processo⁶⁴ ao qual devem se adequar todas as demais normas de natureza infraconstitucional, ao qual o legislador ordinário, os jurisdicionados e os órgãos jurisdicionais devem se conformar.

⁶² CAPPELLETTI e GARTH, *Acesso...*, cit.

⁶³ Cf. COMOGLIO, *Etica...*, cit., p. 21.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 33, nov./dez. 2009, p. 6.

Assim, toda decisão (ou procedimento) que não se sustente neste modelo, deve ser considerada ilegítima.

3.6 Processo justo

Modernamente, a idéia de devido processo legal tem sido assimilada à idéia de processo justo⁶⁵. Assim, não basta – embora não se possa dela prescindir – a simples regularidade formal dos atos processuais e do rito procedimental. Há que se inquirir se estes são adequados a realizar o melhor resultado concreto, sob o ponto de vista do direito material.

Da perspectiva da instrumentalidade do direito processual, deve se avaliar se as regras do processo o tornam apto para oferecer, *in concreto*, o resultado preconizado pelo direito material. Presume-se que as normas processuais foram predispostas para fazer valer as normas de direito material e é este resultado que deve ser verificado.

Não é demais reafirmar que no atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este não pode se limitar a reconhecer, enunciar ou declarar direitos. Importa-lhe, sobretudo, a realização dos direitos reconhecidos e afirmados, para o que o processo terá fundamental importância, já que é o instrumento para esta concretização.

Esta aproximação entre o devido processo legal e o processo justo leva o intérprete a vislumbrar no “superprincípio” algo mais do que apenas a observância das formas processuais, do juiz natural e imparcial, do contraditório e da ampla defesa. Fala-se em direito a um processo justo no sentido de ser ele destinado a propiciar o melhor resultado possível, fazendo justiça no caso concreto.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR. *Processo justo...*, cit., p. 9.

A Constituição italiana é exemplo de diploma normativo que consagrou a expressão processo justo, ao estatuir em seu art. 111 que “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”. Ao constitucionalizar o conceito de “processo justo”, o legislador italiano optou por transformá-lo, com todos os seus corolários, em uma norma geral sobre a jurisdição⁶⁶.

O direito a um processo justo, como previsto nos tratados internacionais⁶⁷, pressupõe uma eficiente garantia estrutural que assegure a independência, a alteridade⁶⁸ e a imparcialidade do juízo e garanta a todos os indivíduos, de maneira incondicional, a liberdade de acesso à justiça para demandar a tutela adequada e efetiva dos direitos.

Segundo COMOGLIO, o processo é considerado “*devido*” não porque seja completamente regulado por normas rígidas e pré-constituídas, mas principalmente enquanto representa a garantia de um “direito natural” do indivíduo a um processo “informado por princípios superiores de justiça”⁶⁹.

Na idéia de processo justo estariam compreendidas outras preocupações além da regularidade formal do processo. O processo passa a ser visto como *instrumento de justiça* e o juiz como um sujeito que deve zelar para que seu resultado final espelhe o máximo possível o que estava previsto nas normas de direito material e nem tanto as eventuais desigualdades entre as partes reveladas no processo.

Para o alcance deste desiderato, exige-se que o órgão jurisdicional (juiz), ao julgar a causa e interpretar e aplicar o direito positivo não se

⁶⁶ Cf. COMOGLIO. *Etica ...*, cit., p. 46.

⁶⁷ V.g. art. 10, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (“toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”).

⁶⁸ Alteridade no sentido de que o juiz não pode julgar os seus próprios atos (*nemo iudex in causa sua*).

⁶⁹ COMOGLIO. *Etica ...*, cit., p. 49, tradução livre.

contente em ser somente a boca da lei. Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar o enunciado da norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto”, “para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial”⁷⁰.

Justo, portanto, seria o processo que, além de ser formalmente regular, levasse em consideração os objetivos e *valores* fixados no plano do direito material, especialmente na Constituição.

Assim é que o juiz poderá deixar de aplicar uma norma infraconstitucional se constatar que ela contrasta com os valores preconizados na Constituição. Além disso, ao interpretar a regra legal, deverá buscar sempre um sentido que se harmonize com ela. Mais do que a aplicação correta do direito positivo, cabe ao julgador dar concretude prática às regras e princípios constitucionais.

Se as condições em que uma das partes se encontra a colocarem em uma situação de manifesta desvantagem processual, com prejuízo para a paridade de armas, caberá ao órgão jurisdicional, sob pena de não se ter um processo justo e equo, cuidar para que esta situação desfavorável não seja o fator decisivo para o resultado final da lide.

3.7 A justiça, o processo e o direito positivo

Falar em “processo justo” pode causar, à primeira vista, certa estranheza, pois se trata de qualificar com um adjetivo de cunho preponderantemente moral um instituto de natureza técnica como é o processo.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR. *Processo justo...*, cit., p. 10.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR chama a atenção, porém, para o fato de que “há uma presença ética na própria estrutura procedimental arquitetada pelo direito processual positivo inspirado nos princípios constitucionais e nos princípios comuns infraconstitucionais, todos a exigirem dos sujeitos da relação processual [...] respeito aos preceitos da boa-fé, lealdade e probidade”⁷¹.

Ainda segundo o eminente jurista mineiro, “a meta de fazer justiça aos litigantes, perseguida pela função jurisdicional, reclama um compromisso natural do processo com um valor ético”, motivo pelo qual é “perfeitamente adequada a qualificação de processo justo”⁷². Para COMOGLIO, a garantia de processo justo funde, em uma síntese superior, valores éticos e componentes técnico-processuais, integrando e reforçando os direitos e garantias invioláveis do homem, reconhecidos e assegurados pela Constituição⁷³.

Nem poderia ser de outra forma, já que por meio do processo se pretende tutelar direitos subjetivos dos mais variados, muitos deles relacionados a aspectos personalíssimos do homem como vida, liberdade, estado civil, filiação, cidadania, saúde etc.

Oportuna a advertência feita por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR no sentido de que “é importante, todavia, não se afastar do jurídico, para indevidamente fazer sobrepujar o ético como regra suprema e, portanto, capaz de anular o direito positivo”⁷⁴. Não se pode ignorar a diversidade de valores que existe e caracteriza uma sociedade democrática e plural e, portanto, as regras morais só devem servir de critério decisivo nos julgamentos quando, de alguma maneira, também estiverem abarcadas pela ordem jurídica positiva.

⁷¹ THEODORO JÚNIOR. *Processo justo...*, cit., p. 11.

⁷² THEODORO JÚNIOR. Op. loc. cit.

⁷³ COMOGLIO. *Ética...*, cit., p. 22.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR. Op. cit., p. 12-13.

A justeza do processo pode ser aferida tanto no aspecto procedimental quanto no material. Processo justo, do ponto de vista meramente procedimental, é aquele que observa as regras e princípios desta natureza, tais como a garantia de acesso à justiça, o juiz natural, imparcial e independente, a ampla defesa, o contraditório, a motivação das decisões judiciais, a publicidade e a duração razoável.

Já no aspecto substancial, será justo o processo que proporcionar a tutela jurisdicional adequada ao sujeito que, do ponto de vista das regras de direito material, seria dela merecedor.

Para se alcançar o processo justo em todos os seus aspectos, portanto, além da observância de todas as regras e princípios consagrados no ordenamento jurídico, é imprescindível cuidar para que eventual desigualdade entre os litigantes (disparidade de armas) não seja fator decisivo para o resultado do processo. Em outras palavras: para que se garanta um contraditório efetivo.

4 O CONTRADITÓRIO

4.1 Evolução histórica

A concepção de contraditório, como não poderia deixar de ser, também sofreu forte influência dos valores dominantes em cada período, o que fez com que seu conteúdo e alcance variassem bastante ao longo do tempo.

Como sustentado anteriormente, a principal questão que importa ser debatida atualmente é saber como os princípios e garantias constitucionais do processo civil podem garantir uma efetiva tutela jurisdicional aos direitos substanciais.

Assim, a idéia de contraditório como simples garantia de igualdade de oportunidades de participação no procedimento, passa a ser insuficiente para atender a tal objetivo, surgindo daí a necessidade de se reinterpretar o princípio sob esta nova perspectiva, de modo a permitir que se explorem todas as suas potencialidades.

Tal releitura deve ser feita sempre sob o enfoque de que o mais importante não é justificar os princípios no campo doutrinário, mas sobretudo saber utilizá-los para a realização – e não o simples reconhecimento – dos direitos.

Não se pode, contudo, pretender redefinir o conteúdo do princípio sem antes tecer algumas considerações sobre sua evolução histórica.

O conceito de contraditório evoluiu com base no antigo provérbio “*audiatur et altera pars*” e, no início, era considerado um princípio de razão natural, inerente ao processo⁷⁵.

Nos primórdios do processo civil, ou as partes voluntariamente submetiam a controvérsia à decisão de uma autoridade superior ou o autor valia-se de sua força física, nada podendo fazer o juiz romano contra o adversário que se recusasse a comparecer em juízo. Também no antigo direito germânico havia semelhante dificuldade, de modo que se pode afirmar que o contraditório só ocorria com a submissão voluntária da parte passiva da demanda⁷⁶.

Somente quando o Pretor passou a introduzir medidas de coerção para instar o comparecimento do renitente é que o cenário começou a mudar, passando-se a aceitar a idéia de julgamento da causa mesmo na ausência do demandado, desde que previamente notificado de acordo com as formalidades legais.

O contraditório funcionava como esteio do processo comum europeu, possuindo sentido e alcance totalmente distintos dos atuais. O processo, influenciado pelas idéias da retórica e da tópica aristotélica era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi* e, logo, intrinsecamente exigia uma regulamentação do diálogo judiciário.

Como nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à *probabilidade*, a dialética se apresentava como uma ciência *ex probabilibus procedit*, impondo o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável, a investigação da verdade é resultado do *esforço combinado das partes* e neste ambiente cultural o contraditório representa o único método e instrumento

⁷⁵ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*. Milano: Cedam, n. 3, jul./set. 1988, p. 673-674.

⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999, p. 133.

para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, por elaboração doutrinária, sem qualquer fundamento em regra escrita⁷⁷.

Afirma-se, portanto, que no primeiro período do processo comum europeu o contraditório era tido como instrumento indispensável para a pesquisa dialética da verdade, de modo que nenhuma prova poderia servir de fundamento da decisão, caso não tivesse sido submetida preventivamente a análise crítica. O papel do juiz – que assumia posição neutra, mas não passiva – era escolher entre duas hipóteses argumentativas, segundo os princípios da dialética⁷⁸.

Acreditava-se que este método era suficiente para compensar as desigualdades existentes no processo, já que se levava em consideração até mesmo circunstâncias referentes à capacidade dos defensores⁷⁹.

A partir do século XVI houve uma mudança de perspectiva que resultou na pretensão de se buscar uma verdade com aspirações de certeza, não se contentando com a verdade “provável”. Isso foi potencializado a partir do século XVII, com a estatização do processo, a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual⁸⁰.

Já no século XVIII a lógica argumentativa tinha perdido importância em detrimento do racionalismo. Foi a partir daí que se difundiu a concepção de processo sob uma ótica mecânica de seqüência ordenada de atos. Com a supervalorização da razão, passou-se a dar menor importância ao

⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, *Garantias...*, cit., p. 134.

⁷⁸ PICARDI, Nicola. *Processo Civile (diritto moderno)*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Guffre, 1987, p. 115-116.

⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: Uma Garantia de Influência e de Não Surpresa. In: DIDIER JR. Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo: Panorâmico Doutrinário Mundial*. Salvador: Jus Podvin, 2007, p. 155.

⁸⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, *Garantias...*, cit., p. 134.

diálogo e o contraditório deixa de ser visto como necessário e indispensável mecanismo de investigação da verdade, rebaixado a um simples princípio lógico-formal⁸¹.

Sob a perspectiva da lógica argumentativa, o contraditório era instrumento indispensável para a pesquisa dialética da verdade “provável”. Quando uma das partes refuta as afirmações feitas pela outra, amplia-se o campo de informação do julgador, favorecendo a busca da verdade⁸². O abandono desta metodologia fez do contraditório uma contraposição de teses mecânica e abriu espaço para verdades pré-constituídas antes do debate processual, ou seja, fora do contraditório⁸³.

Com a mudança de perspectiva passou-se a privilegiar a posição do julgador e o contraditório aparece como um obstáculo para a pesquisa da verdade⁸⁴. Assim, ao fim do século XIX, já não se vislumbrava a função axiológica do princípio ou mesmo qualquer referência sua com o direito natural. Descaracterizou-se sua essência, na medida em que perdeu a importância ética e passou a desempenhar papel secundário.

Segundo DIELE JOSÉ COELHO NUNES, esta mudança de paradigma coincidiu com a transição de um ideário liberal de processo, onde predominava o domínio das partes para um processo mais social, em que o juiz, com poderes ampliados, assumia-se protagonista⁸⁵.

No século XIX, época em que o liberalismo imperava absoluto, o papel do órgão judicial era predominante passivo, cabendo-lhe apenas verificar e assegurar que as determinações formais do processo fossem

⁸¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Garantias...*, cit., p. 135.

⁸² PICARDI, *Processo...*, loc. cit.

⁸³ PICARDI, *Processo...*, cit., p. 117.

⁸⁴ GIULIANI, Alessandro. *Prova (filosofia)*. Enciclopedia del diritto. Milano: Guffre, 1988, p. 521-522, *apud* NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria...*, cit., p. 155-156.

⁸⁵ NUNES. *O princípio...*, cit., p. 157.

cumpridas⁸⁶. Assim, o contraditório era considerado satisfeito sempre que se dava ciência às partes dos atos processuais praticados e o juiz devia zelar para que as comunicações fossem feitas de modo a possibilitar que a parte reagisse ao ato praticado.

Já no início do século XX, outros valores passaram a influenciar o processo, com repercussão na conformação do contraditório. Saudava-se o ativismo judicial e o juiz assumia não apenas a direção formal do processo – cuidando para que os atos processuais obedecessem à ordem previamente estabelecida – mas, sobretudo, passando a ter iniciativa quanto ao recolhimento do material que servirá para formar o seu convencimento.

Especialmente a partir da ampla constitucionalização das garantias processuais, após a Segunda Guerra Mundial, a importância da *colaboração* das partes passou a ser novamente valorizada e, com isso, novas potencialidades para o contraditório passaram a ser vislumbradas.

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES entende ser equivocado depositar na figura do juiz tamanhas expectativas, como se ele pudesse funcionar como canal de comunicação da carga axiológica da sociedade e os textos normativos, principalmente em um época em que se reconhece haver concepções plurais e variadas de mundo. Em razão disso, “torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual”⁸⁷.

A advertência vale por valorizar a importância da atuação *conjunta* das partes e do juiz, já que, como se verá adiante, a decisão final deverá

⁸⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Garantia...*, cit., p. 135.

⁸⁷ NUNES. *O princípio...*, cit., p. 157.

necessariamente refletir a atuação dos interessados (contraditório como direito de influência).

Não há, no entanto, porque sustentar a vinculação entre o reforço dos poderes do juiz – e conseqüentemente do ativismo judicial – e um suposto caráter autoritário ou anti-democrático do processo. E o fato de que os juízes vêm tendo seus poderes incrementados em várias democracias, por meio de leis democraticamente elaboradas, desqualifica a tentativa de vinculação⁸⁸.

O ativismo judicial, antes que fruto de autoritarismo ou de tendências anti-democráticas, é imprescindível para a garantia de um contraditório realmente efetivo.

4.2 Contraditório efetivo

Se por um lado é verdade que o Estado Democrático de Direito exige que o contraditório seja visto primordialmente como garantia de participação, no procedimento, dos interessados no seu resultado final, por outro lado há que se reconhecer que tal garantia de participação é insuficiente quando existe, na realidade do caso concreto, uma disparidade de condições entre os interessados capaz de influenciar de maneira decisiva o provimento final.

Entre as diversas barreiras que continuam a servir de obstáculo para uma tutela jurisdicional efetiva, COMOGLIO aponta uma “igualdade de armas” meramente formal, desprovida de garantias eficientes capazes de fazer com que o resultado do juízo de mérito não seja dependa das diferentes habilidades ou capacidades das partes no exercício dos instrumentos

⁸⁸ Neste sentido, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, especialmente p. 64.

processuais disponíveis, mas sim dos fundamentos objetivos da demanda proposta⁸⁹.

Em casos assim, não basta garantir a participação. É preciso ir além e cuidar para que a maneira como o hipossuficiente participe seja minimamente consistente.

O diálogo entre as partes deve ser não apenas garantido e oportunizado, mas principalmente real, efetivo e equilibrado, pois sem isso o contraditório poderá deixar de servir para a realização de um processo justo. Será um contraditório meramente formal, cujas potencialidades plenas não foram devidamente exploradas e que, na prática, deixa de funcionar como garantia substancial imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

Um contraditório apenas formal, que não leve em conta as desigualdades existentes entre as partes e a possibilidade de estas desigualdades levarem a um resultado favorável ao melhor “jogador” e não àquele que, à luz de condições objetivas, merecia a tutela, não se presta para os fins de garantir um processo justo.

Vale destacar, mais uma vez, que a fundamentação adequada das decisões judiciais cresce de importância, na exata medida em que a exposição dos motivos pelos quais o juiz agiu de determinada maneira (tomou determinada medida para promover o contraditório efetivo e equilibrar as partes, por exemplo) será objeto de controle pelos interessados, que poderão questioná-la perante as instâncias superiores.

É, nunca é demais repetir, na observância das garantias do contraditório e da motivação das decisões judiciais que se poderá evitar (ou controlar) eventuais excessos por parte dos órgãos jurisdicionais.

⁸⁹ COMOGLIO. *Ética...*, cit., p. 24.

4.3 Garantias compreendidas no contraditório

4.3.1 O direito de se fazer ouvir em suas variadas expressões

A idéia que está na base do contraditório é a de bilateralidade de audiência (*audiatur et altera pars*), que reflete a estrutura dialética do modelo de processo de conhecimento adotado.

O contraditório incorpora o direito das partes de se fazerem ouvir perante o juiz nas suas mais variadas expressões: a) direito a uma tempestiva e válida citação; b) direito a ser constantemente informado sobre o desenvolvimento do processo; c) direito de ser assistido e defendido por um advogado que lhe represente adequadamente em juízo; d) direito à prova e à contraprova; e) direito de assistir pessoalmente à colheita dos meios de prova; f) direito de não sofrer nenhuma limitação por força de decisão proferida em processo entre terceiros, no qual não tenha tido oportunidade de se defender ou de se manifestar; g) direito a um juiz independente, imparcial, sem interesses pessoais na causa e proibido de utilizar “informações privadas”, subtraídas da dialética processual⁹⁰.

Além de se configurar como uma garantia subjetiva – assegurando às partes o exercício dos direitos de ação e de defesa – o contraditório também pode ser vislumbrado como uma garantia objetiva, que impõe ao magistrado o dever de fazer observar o contraditório em todos os momentos do processo.

4.3.2 Garantia de influência

No liberalismo, o papel das partes é que era posto em destaque. Posteriormente, houve um período em que se implementou um ativismo judicial, porém, marcado por um certo autoritarismo. Já no Estado

⁹⁰ COMOGLIO, *Ética...*, cit., p. 29-30. Tradução livre

Democrático de Direito, a própria concepção de processo foi objeto de uma importante releitura, com destaque para a necessária colaboração entre os sujeitos processuais na sua construção e na elaboração do provimento final.

A divisão de funções e de papéis dentro do processo já era, há algum tempo, objeto de preocupação da doutrina alemã, que desenvolveu a teoria dos papéis (*Rollentheorie*) e constatou a necessidade de se implementar a comparticipação (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juízes, partes e procuradores, como forma de possibilitar a construção de decisões melhores e reduzir o tempo processual (já que decisões melhores diminuiriam o número de recursos)⁹¹.

A idéia de participação é da essência da própria democracia e, por isso, no Estado Democrático de Direito, cresce o interesse pela colaboração entre os sujeitos processuais e, conseqüentemente, a importância atribuída ao contraditório, já que é ele que irá desempenhar o importantíssimo papel de possibilitar (e garantir) a *participação* dos interessados no procedimento de elaboração dos provimentos (leis, decisões judiciais ou atos administrativos) que irão atingir o seu universo jurídico.

No Estado Democrático de Direito não se privilegia o papel das partes (como no liberalismo) ou o do juiz. A tônica é na melhora da relação entre os sujeitos processuais, de modo a proporcionar um efetivo e produtivo diálogo. O procedimento não deve ser mais visto como uma série de formalidades desnecessárias e inúteis e os sujeitos processuais devem assumir a responsabilidade pela utilização adequada dos institutos⁹².

Para que seja alcançado o objetivo maior do processo - a composição da lide por meio de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva,

⁹¹ Para maiores detalhes a respeito da construção desta doutrina, cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise criticadas reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 212 et seq.

⁹² THEODORO JÚNIOR. *Processo justo...*, cit., p. 15.

justa e oportuna – os sujeitos processuais devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível. Assim, é indispensável não apenas a atuação ética de todos que participem da atividade judicial e extrajudicial, mas também a utilização dos instrumentos e institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível. Vale dizer: utilizar a técnica a serviço dos fins realizados.

Indiscutível que o diálogo efetivo pode contribuir para esta maior “operosidade” dos institutos processuais, valendo colacionar o exemplo apontado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

“A utilização da fase preparatória (nosso art. 331 do CPC), levada a sério, com a fixação adequada dos pontos controvertidos pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) de que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária, o que conduzirá um advogado técnico à busca da conciliação com o término do prazo em prazo razoável”⁹³.

A audiência preliminar é um típico exemplo de caso de instituto cujas potencialidades não são devidamente exploradas. Ela não serve apenas para tentativa de conciliação ou declaração de saneamento, mas principalmente para a fixação dos pontos controvertidos e “filtragem completa da discussão endoprocessual para a fase posterior de problematização”⁹⁴, o que ressalta a importância do efetivo diálogo – e do efetivo contraditório – para o alcance de resultados práticos melhores.

A valorização do diálogo e da participação ativa dos sujeitos processuais em todas as fases do procedimento⁹⁵ tem, além disso, potencial para reduzir o número de recursos, já que as decisões não só serão resultado

⁹³ THEODORO JÚNIOR. *Processo justo...*, p. 15.

⁹⁴ THEODORO JÚNIOR. *Op. loc. cit.*

⁹⁵ E, como se verá adiante, também, a garantia de ver seus argumentos considerados na decisão final.

de um procedimento mais bem realizado, mas também tendem a ser melhor fundamentadas.

A estrutura de um processo democrático não condiz, portanto, com uma separação rigorosa dos papéis dos sujeitos processuais. A participação conjunta e ativa do juiz e das partes tem potencial para garantir um processo mais justo e até mesmo mais rápido (já que mais produtivo ou sujeito a um número menor de recursos) e pode ser vislumbrada como uma consequência lógica da garantia do contraditório e da concepção de um Estado de Direito Democrático.

Deixa-se, numa perspectiva democrática, de analisar o contraditório como mera garantia de ser ouvido e passa-se a enfatizar o *diálogo* travado entre os sujeitos processuais e possibilidade de *influenciar* o desenvolvimento do processo, especialmente no que diz respeito à construção das decisões.

O direito de ser ouvido antes de sofrer os efeitos de uma decisão (bilateralidade da audiência) seria uma garantia meramente formal, caso não significasse, também, direito de influenciar na decisão, de ter suas razões levadas em consideração, analisadas e apreciadas por decisões racionais e fundamentadas.

Não há mais razões para vislumbrar no contraditório apenas um direito à bilateralidade da audiência, simples garantia de informação e reação dada às partes, em que a estrutura procedimental se estruturava de modo a possibilitar a formação do provimento unilateralmente pelo juiz⁹⁶.

A releitura do princípio, em um Estado de Direito que se pretende e se quer Democrático, impõe que ele seja visto como um direito das partes de efetivamente participarem da formação do ato (provimento) final.

⁹⁶ NUNES. O princípio..., cit., p. 159.

Direito à participação efetiva compreende *direito de influenciar no conteúdo do provimento final*, o que significa dizer que este, embora formalmente elaborado pelo órgão jurisdicional, deve necessariamente repercutir a atuação das partes durante o curso do processo. Em outras palavras, a decisão final não pode deixar de levar em conta os argumentos deduzidos pelas partes (contraditores), nem tampouco de expor racionalmente os motivos pelos quais acatou alguns em detrimentos de outros.

Em razão do contraditório são reconhecidos às partes o direito de ser oportuna e adequadamente informadas sobre o desenvolvimento do processo, as atividades realizadas, os atos de impulso da outra parte e do juiz, durante toda a duração do processo.

De nada valeria o direito a receber tais informações se as partes não pudessem utilizá-las. Assim, devidamente informadas, a elas deve ser garantido o direito de se manifestar sobre todas as questões, de fato ou de direito, que sejam relevantes para a solução da causa.

E, na mesma linha de raciocínio, de nada valeria o direito de manifestação se suas alegações pudessem ser simplesmente ignoradas pelo juiz. Logo, lhes é reconhecido também o direito de ver levadas em consideração pelo órgão jurisdicional, na decisão final, todas as alegações e provas produzidas⁹⁷.

Vale dizer, portanto, que a exigência do contraditório se traduz na possibilidade efetiva, e não apenas teórica, de influenciar, com todos os

⁹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, v. 8, p. 6.

instrumentos processuais disponíveis, na formação do convencimento do juiz⁹⁸.

Não há razão para deixar de vislumbrar tais direitos em todos os demais Estados democráticos que prestigiam o princípio, especialmente naqueles que, como o Brasil, o erigiram ao nível de princípio constitucional.

A obrigação de se proferir decisões fundamentadas (art. 93, inciso IX, Constituição da República), como não poderia deixar de ser, acaba sofrendo profunda influência desta nova visão do contraditório.

Isso porque, o dever de fundamentação das decisões judiciais vincula-se umbilicalmente à garantia de influência que encontra-se implícita no contraditório, gerando para as partes – aqueles sujeitos do processo que sofrerão os efeitos do provimento final – o direito de que a fundamentação da decisão considere os argumentos, provas e modo de participação. Não basta, portanto, motivar o provimento. É indispensável que tal fundamentação passe pelos argumentos, provas e conduta processual das partes para que o mandamento constitucional seja tido como observado.

Como afirmado anteriormente, vislumbrar no princípio do contraditório apenas uma garantia de bilateralidade de audiência mostrava-se insuficiente para fins de assegurar às partes o *direito de influenciar* na construção do provimento. Aquela visão estreita negligenciava e colocava em segundo plano o poder do diálogo por elas travado.

Foi a construção de um Estado Democrático que permitiu que a garantia se expandisse e se potencializasse, passando a compreender, além do direito das partes a serem intimadas de todos os atos processuais, a assistirem a colheita da prova e a se contraporem à prova produzida pela outra parte, também o *direito de influírem na elaboração da decisão final*, com o correlato

⁹⁸ COMOGLIO. *Ética...*, cit., p. 31.

dever do órgão jurisdicional de levar em conta os argumentos deduzidos, as provas produzidas e suas próprias condutas durante o curso do processo.

Em que pese esta nova visão do instituto ter representado um significativo e importante avanço, ainda não esgotou todo o leque de garantias que dele se pode extrair.

4.3.3 Garantia de não surpresa.

Outra faceta do princípio do contraditório que vem sendo apontada hodiernamente é a de servir como *garantia de não-surpresa*, impedindo que questões e fatos a respeito dos quais as partes não tenham tido oportunidade de debater e argumentar se tornem fatores decisivos na construção do provimento final.

O antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius* passa a ter novo alcance. A expressão sempre foi usada para expressar a idéia de que competiria exclusivamente às partes apresentar ao julgador os fatos sobre os quais se assentava sua pretensão. Ao julgador, por outro lado, caberia tirar, como que da cartola, o direito aplicável aos fatos apresentados.

Atualmente, contudo, percebe-se que as coisas não são assim tão simples. Não apenas porque a distinção entre fato e direito pode ser considerada um tanto ultrapassada, podendo se falar em uma tendência contemporânea ao reconhecimento de sua inviabilidade⁹⁹, mas também porque a primeira parte do aforismo acabou relativizada diante da constatação de que a formação do material fático deixou de ser tarefa exclusiva das partes.

⁹⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Código de Processo Civil Comentado*, v. 5. São Paulo: RT, 1979, p. 267.

Em sede doutrinária, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA afirma que embora caiba às partes contribuir com os fatos essenciais da causa de pedir, o juiz não está proibido de apreciar fatos secundários dos quais pode, direta ou indiretamente, extrair a existência ou o modo de ser do fato principal, seja porque constam dos autos, são notórios ou pertencem à experiência comum. Além do mais, em alguns casos, o juiz pode apreciar, *ex officio*, até mesmo fatos principais quando se refiram: a) situação de direito público ou ordem pública; b) fatos jurídicos impeditivos ou extintivos incompatíveis com a pretensão deduzida (v.g.: pagamento, confusão)¹⁰⁰.

Também o próprio texto do artigo 131, do Código de Processo Civil legitima este ponto de vista ao afirmar que o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, “*ainda que não alegados pelas partes*”.

Quando se trata, no entanto, de prova produzida de ofício, sem o requerimento das partes, a controvérsia surge, embora se possa apontar uma forte tendência a se aceitar – e mesmo a estimular – o ativismo judicial em matéria probatória¹⁰¹.

Outro ponto sensível diz respeito às questões de direito, a respeito das quais sempre se entendeu que o juiz não dependeria de provocação das partes para suscitar, podendo dar aos fatos narrados enquadramento jurídico diverso do pretendido. É possível imaginar que tal enquadramento venha a causar a indesejada surpresa e é preciso analisar se a garantia do contraditório não restou abalada por isso.

Segundo DIERLE JOSÉ COELHO NUNES

¹⁰⁰ Garantia..., *cit.*, p. 140-141.

¹⁰¹ Tópico que será melhor desenvolvido em capítulo específico.

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 ambas as partes¹⁰².

Tem-se, assim, que também o brocardo *iura novit curia* – segundo o qual o juiz poderia extrair do material fático que lhe é trazido conclusões jurídicas diversas das invocadas – deve ser relativizado.

É que embora o juiz tenha liberdade na qualificação jurídica dos fatos, as partes podem e devem cooperar, não podendo a investigação jurídica ser considerada tarefa exclusiva do órgão judicial. Há o risco de o juiz, diante da complexidade da vida moderna e especialmente da proliferação de normas legais, não “descobrir” a norma jurídica ou não a interpretá-la corretamente. A colaboração das partes é importante também para estabelecer o conteúdo e alcance da norma, evitando surpresas e conseqüências negativas para o direito de defesa.

Realmente, é inadmissível que os litigantes sejam surpreendidos por decisão que se apóie em visão jurídica de que não se tenham apercebido. Segundo o contraditório “relido”, o órgão jurisdicional deve dar às partes prévio conhecimento sobre os novos rumos imprimidos ao litígio, já que a liberdade de eleição da norma jurídica aplicável não dispensa prévia ouvida das partes¹⁰³.

O projeto do novo Código de Processo Civil reconhece expressamente esta importante faceta do contraditório ao dispor¹⁰⁴, em seu artigo 10, que o juiz não pode decidir, em nenhum grau de jurisdição, com

¹⁰² NUNES, O Princípio..., cit., p. 170.

¹⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, *A garantia...*, cit., p. 671-672.

¹⁰⁴ Art. 10, Projeto do Novo Código de Processo Civil.

base em fundamento a respeito do qual as partes não tenham tido oportunidade de se manifestar, pouco importando que se trate de matéria apreciável *ex officio*.

Indiscutível que acontecimentos inesperados no curso do processo – especialmente a adoção de um fundamento a respeito do qual as partes não tenham podido se manifestar a respeito – acabam minando a fé do cidadão no Poder Judiciário, motivo pelo qual o contraditório também comporta uma garantia de não-surpresa.

A redação da norma não deixa claro, contudo, o modo como o magistrado deve agir ao se dar conta de que deverá lançar mão de um fundamento ainda não submetido ao debate. Acreditamos que, diante de tal situação, as partes deveriam ser intimadas para se manifestar a respeito da questão

O concurso das atividades dos sujeitos processuais, inclusive quanto à valorização jurídica da causa, influi na própria extensão do princípio do contraditório. Tal colaboração só pode ser realmente eficaz se vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles. Por isso se sustenta que o conteúdo mínimo do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos e na possibilidade de contraditá-los, mas faz a formação dos provimentos depender da efetiva participação das partes. A formação do juízo de direito também é atingida, já que as partes não podem ser surpreendidas por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvir os contraditores¹⁰⁵.

No direito estrangeiro são muitos os exemplos de dispositivos legais que, expressamente, contemplam o direito das partes a não serem

¹⁰⁵ Tanto o Código de Processo Civil português quanto o ZPO alemão contemplam normas que expressamente vedam que o juiz ou Tribunal se valha de norma jurídica a respeito da qual as partes não debateram.

surpreendidas, na decisão final, por um fundamento a respeito do qual não tiveram a oportunidade de debater.

O § 278, III da Ordenança Processual Civil (ZPO) alemã é firme no sentido de que o juiz só pode apoiar sua decisão em aspecto tido como insignificante pelas partes ou que lhe tenha passado despercebido, se tiver lhe dado oportunidade de manifestar-se a respeito.

Na mesma linha, o artigo 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*¹⁰⁶ impede o juiz de fundamentar sua decisão em aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício, sem ter antecipadamente convocado as partes a manifestar suas observações.

O Código de Processo Civil de Portugal, da mesma forma, proíbe decisões de surpresa, vedando ao juiz *“decidir questão de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a oportunidade de sobre elas se pronunciarem”*¹⁰⁷.

A falta de norma legal no mesmo sentido em nosso ordenamento jurídico não significa que aqui o juiz esteja autorizado a agir de forma diferente. O fato de o princípio do contraditório ter sido contemplado na Constituição é suficiente para que se entenda que a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais precisam se amoldar ao desenho constitucional de processo traçado pelo constituinte. E, como se trata de garantia fundamental das partes, o intérprete deve se orientar para extrair dela o máximo possível deste direito, de modo que o *direito à uma decisão que se atenha às questões (fáticas ou jurídicas) submetidas ao debate* também se tem por compreendido no contraditório.

¹⁰⁶ *“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”*

¹⁰⁷ Art. 3º, 3.

Fica claro, assim, que também neste aspecto a garantia não opera somente no confronto entre as partes, mas transforma-se em um **poder-dever** do juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões determinantes para a solução da demanda.

Esse enfoque mais moderno do princípio faz com que ele deixe de ser visto como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, passando a ser encarado como real possibilidade de influência no provimento e, ainda, *direito a que o provimento não se fundamente em elementos subtraídos ao debate* e, como se verá, fator que justifica e legitima atos e situações que extravasem os limites impostos pela forma.

4.4 A questão da supressão de instância consentida por lei

O art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil autorizou o tribunal a, ao apreciar apelação interposta contra sentença que não apreciou o mérito, julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de julgamento. Consagrou, assim, hipótese de “supressão de instância consentida”.

A norma merece ser aplicada com cautela, pois pode resultar em julgado ofensivo à Constituição, não em razão da ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição – que de resto não figura como garantia constitucional do processo –, mas sim ao contraditório.

Se ao fundamentar o recurso o apelante se limitar a pedir a cassação da sentença (apontando *error in procedendo*) pode acontecer de o apelado restringir suas contra-razões a impugnar este tipo de argumentação. Se, em hipótese semelhante, o tribunal passar ao julgamento de mérito, a decisão estará assentada em fundamentos que foram subtraídos ao debate, ofendendo o contraditório na sua faceta de garantia de não-surpresa.

Nem se argumente que o contraditório já teria sido observado em primeira instância e que a lei só permite a supressão da instância quando o processo já estiver “maduro”, pois

[...] o processo estava pronto para o julgamento pelo juiz natural, ou seja, pelo juiz de 1º grau, com a garantia de revisibilidade de sua sentença pelo tribunal de segunda instância. A supressão da competência do juiz da causa representa uma injustificada redução do contraditório, por meio de uma desproporcional outorga de poder ao tribunal, cuja função natural é apenas de revisar as decisões do juiz da causa¹⁰⁸.

4.5 A motivação das decisões judiciais e o respeito ao contraditório

O artigo 93, inciso IX, da Constituição da República estabelece que todas as decisões judiciais devem ser motivadas, sob pena de nulidade, mas mesmo que não houvesse norma expressa neste sentido, o dever de fundamentação persistira já que se trata de garantia inerente ao próprio Estado de Direito¹⁰⁹.

Todas as decisões judiciais devem apresentar justificativa racional e suficiente do seu conteúdo, repercutindo o contraditório participativo, por meio do exame e consideração das alegações e provas apresentadas pelos litigantes.

¹⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 245

¹⁰⁹ Neste sentido BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 83-95.

É pela motivação que as partes irão poder exercer controle sobre a decisão, impugnando-as se for o caso ou rendendo-se aos seus fundamentos. Os órgãos jurisdicionais, de sua vez, devem deixar claro que apreciaram todos os argumentos deduzidos, explicando porque alguns foram acatados e outros não. Só assim, terá sido respeitado o contraditório.

A valorização do princípio do contraditório não convive com fundamentações sintéticas ou do tipo padrão que não atenta para as peculiaridades dos argumentos ou do caso em juízo. A sobrecarga de trabalho dos juízes não é justificativa legítima para isso.

4.6 Tutela de urgência

A longa duração dos processos é, sabidamente, um dos maiores obstáculos ao acesso efetivo à justiça e à efetividade do processo.

Trata-se, contudo, de um problema que não pode ser, simplesmente, eliminado e por isso faz-se necessário predispor mecanismos adequados para proteger direitos que não suportam o trâmite normal do processo para serem protegidos, isto é, que não agüentam esperar até a prolação da sentença.

Se não há como eliminar do processo o fator “tempo”, deve o processualista analisar qual das partes que sofre mais com a duração excessiva dos feitos. *Normalmente*, o autor é aquele que vem em juízo pleitear uma alteração de uma situação jurídica atual que lhe é prejudicial. Ao se defender, o réu pretende evitar um provimento desfavorável, mas interessa-lhe, quase sempre, a manutenção do *status quo* e por isso ele sempre se valeu de todos os expedientes possíveis para retardar o deslinde final do processo.

Realmente, muitas vezes ao devedor parecia preferível esperar uma sentença condenatória desfavorável que adimplir pontualmente sua

obrigação. A demora significa preservação do bem no patrimônio do réu que não tem direito, o que aumenta ainda mais o dano e o prejuízo do autor. Se a insatisfação do direito material da parte é, em si mesma, um dano imediato que o adversário já lhe impôs, a permanência desta insatisfação pelo tempo reclamado para o desenvolvimento do processo configura um novo dano, quase sempre inevitável.

Reconhecendo a necessidade de se repartir de forma mais equânime entre as partes o ônus do tempo do processo, o direito foi criando expedientes destinados a abreviar sua duração e coibir os efeitos do tempo sobre os resultados do processo (criação de títulos executivos extrajudiciais, redução dos procedimentos etc.). Com isso, procurou-se proporcionar tutelas diferenciadas para determinadas situações tidas como especiais, seja pela facilidade de demonstração do direito, pela singeleza da controvérsia, pelo natureza do direito discutido etc.

Medidas cautelares e de antecipação de tutela formam o gênero “tutela de urgência”, pois representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, afastando situações graves de risco à efetividade do processo, nos casos em que o procedimento comum for inoperante.

Ao tomar medidas de urgência, o juiz acaba redistribuindo o ônus do tempo no processo, beneficiando a parte cujo direito esteja em situação periclitante ou seja manifestamente evidente. Assim,

Não se pode negar que modernamente o juiz é considerado um administrador, um gestor do tempo mais do que um conhecedor do direito, pois sua função precípua no processo é retirar o ônus

do tempo de quem não pode suportar e transferi-lo para aquele que pode arcar¹¹⁰.

Hoje em dia, raros são os litígios deduzidos em juízo instaurados sem o apoio em medidas liminares, geralmente de grande impacto, ou no âmbito restrito dos litigantes ou para toda a comunidade¹¹¹.

O fato de a lei autorizar a tutela de urgência não significa que o juiz esteja autorizado a sempre deferi-las sem audiência da parte contrária. O art. 273, Código de Processo Civil não autoriza isso e o art. 804, ao admitir o deferimento *initio litis* da medida com dispensa da oitiva do réu deixa claro que isso só deve acontecer quando se “verificar que este, sendo citado, poderá torná-la eficaz”.

Mesmo que as medidas de urgência não dependam de discussão e instrução exaurientes, isso não pode significar que o contraditório está abolido por completo. O juiz só estará autorizado a tutelar com urgência *sem ouvir a contraparte* quando isso colocar em risco a medida. Não sendo esta a hipótese, ao réu deve ser garantido o direito de se pronunciar antes da decisão juiz e, principalmente, antes de ter sua esfera jurídica por ela atingida.

Como sustenta HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Se o grau de urgência não é suficiente para impedir a prévia audiência do réu, terá o juiz, em princípio, que realizar o mínimo de contraditório recomendável pelas circunstâncias. Somente deliberará após dar oportunidade de manifestação ao demandado¹¹².

¹¹⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. In: ARMELIN, Donald [coord.], *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 343, p. 342-359

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. In: ARRUDA ALVIM e ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 239.

¹¹² As liminares... cit., p. 255.

O princípio que deve nortear, como regra geral, o comportamento dos órgãos jurisdicionais é o contraditório, com a oitiva do requerido antes da decisão, permitindo-lhe argumentar e tomando em consideração as suas razões. Só é legítima a decisão proferida antes e ouvir o réu quando a possibilidade de prejuízo imediato se fizer presente, podendo tornar inócua a própria proteção solicitada.

As regras de tutela antecipada devem ser interpretadas tomando-se por base, de um lado, o direito fundamental ao processo dentro de um prazo razoável e, de outro, o direito fundamental ao contraditório e ao direito de defesa. Desse modo, qualquer interpretação autêntica e séria sobre a antecipação do pedido deve ser analisada evidentemente com base nesses dois direitos fundamentais aparentemente antagônicos¹¹³.

A justificativa para o deferimento da medida inaudita altera parte deverá necessariamente demonstrar que a oitiva da contraparte colocava em risco a eficácia da medida, sob pena de ser considerada não apenas ilegítima, mas sobretudo inconstitucional.

4.7 O julgamento liminar de improcedência: art. 285-A, Código de Processo Civil

Desde 1992 - ano em que o meio preferencial de citação deixou de ser o oficial de justiça e passou a ser o correio - o Código de Processo Civil vem sofrendo constantes e importantes reformas, sempre com o objetivo declarado de se buscar a efetividade do processo, abreviando sua duração e aperfeiçoando a prestação. Embora se possam criticar alguns pontos destas reformas, não se pode deixar de reconhecer que não foram economizados esforços neste sentido.

¹¹³ RIBEIRO, *A garantia...*, cit., p. 346.

Ainda é cedo para se afirmar que a mudança de estratégia - deixando de lado as mini-reformas, e passando-se a adotar um novo Código de Processo, à semelhança do que se fez com o Código Civil - será mais eficaz, mas de inertes, ninguém pode acusar os legisladores (e os processualistas que os assessoraram e elaboram os projetos) que se dedicam ao aprimoramento do nosso sistema processual.

Fato é que foi na esteira destas mini-reformas, e sempre em nome da busca da efetividade, que se introduziu no Código, por meio da Lei 11.277, de 07/02/06, o art. 285-A, com o seguinte texto:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de cinco (5) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Não foram poucos os doutrinadores brasileiros de renome que, dizendo-se perplexos diante da norma veiculada no artigo 285-A do Código de Processo Civil, não hesitaram em apontar sua inconstitucionalidade.

Para ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, por exemplo, “trata-se de dispositivo que, a meu juízo, é inconstitucional. Digo isto por ver, nesse dispositivo, uma violação do princípio constitucional da isonomia”¹¹⁴.

¹¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 315.

LUIZ RODRIGUES WAMBIER, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA também se posicionaram de maneira contrária à norma firmes em que, *“a infeliz regra do art. 285-A do CPC, a pretexto de permitir julgamento mais célere de processos ditos repetitivos, afasta irremediavelmente o princípio do contraditório”*¹¹⁵.

Em sentido semelhante, posicionou-se DANIEL MITIDIERO, para quem

a pretexto de agilizar o andamento dos feitos, pretende o legislador sufocar o caráter dialético do processo, em que o diálogo judiciário, pautado pelos direitos fundamentais, propicia ambiente de excelência para reconstrução da ordem jurídica e conseguinte obtenção de decisões justas. Aniquila-se o contraditório, subtraindo-se das partes o poder de convencer o órgão jurisdicional do acerto de seus argumentos¹¹⁶.

Igualmente contundentes as palavras de NELSON NERY JUNIOR e de ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, afirmando que

o CPC 285-A é inconstitucional por ferir as garantias da isonomia (CF, 5º, caput e inciso I), do devido processo legal (CF, 5º, caput e LIV), do direito de ação (CF, 5º, XXXV, do contraditório e da ampla defesa (CF, 5º, LV), bem como o princípio dispositivo, entre outros fundamentos, por que o autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu¹¹⁷.

O art. 285-A se propôs a tratar os chamados processos repetitivos, conferindo ao julgador o poder de julgar improcedente – com

¹¹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC*, disponível em <http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=187&rv=Direito>, acesso em 20.06.2010.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao CPC*, Tomo 3. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 173-174.

¹¹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 556.

análise de mérito, portanto – o pedido do autor após a simples leitura da peça inaugural, mesmo antes de se determinar a citação do réu. Para que isso possa acontecer, bastaria que o juízo já tivesse julgado, no mesmo sentido, outros casos idênticos.

Salta aos olhos, desde logo, o crescente prestígio atribuído aos precedentes, o que já podia ser observado desde a Emenda Constitucional 45/2004, que introduziu a Súmula Vinculante em nosso ordenamento. Passam os precedentes a servir de modelo para processos futuros que tratem das mesmas questões jurídicas e que sejam baseados nos mesmos fatos ou em fatos assemelhados.

Diante de um caso “idêntico” a outro já julgado, poderá o juiz proferir julgamento liminar do mérito, mesmo sem citar o réu, o que gerou críticas e levou parte dos doutrinadores a apontar violação aos princípios constitucionais do contraditório, da isonomia, da ampla defesa, do direito de ação e do devido processo legal.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil chegou mesmo a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade, pedindo que a norma fosse declarada inconstitucional (ADIn nº 3.695/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, pendente de julgamento, com parecer da Procuradoria Geral da República pela improcedência).

Dos termos da norma, pode-se afirmar que o julgamento liminar com fundamento em precedente depende de alguns requisitos, entre eles o de que a questão controvertida seja predominantemente de direito e de que não existam dúvidas a respeito dos fatos afirmados. Com efeito, não deve haver dúvidas a respeito da existência, dos contornos e dos limites dos fatos afirmados, o que reduz a tarefa do julgador apenas à afirmação do direito aplicável a tais fatos.

Não se pode ignorar que no cotidiano forense é enorme o número de ações que veiculam a mesmíssima tese jurídica e que o art. 285-A foi introduzido com a declarada finalidade de abreviar a duração não apenas destes, mas também dos demais processos, diminuindo a carga de trabalho dos juízes e auxiliares da justiça, evitando a repetição desnecessária de atos processuais e economizando recursos públicos. Basta pensar em ações relativas ao funcionalismo público, obrigações tributárias, causas previdenciárias, relativas a planos econômicos, etc.

Exige-se, ademais, que a tese jurídica ventilada na ação a ser julgada liminarmente tenha sido exatamente a mesma julgada improcedente nos precedentes. Podem se modificar os fatos e os sujeitos envolvidos, importando apenas que tais diferenças não sejam relevantes ao ponto de justificar que o mesmo julgamento não possa ser feito.

Medidas que procurem abreviar a duração dos processos e desafogar a estrutura do Poder Judiciário são salutares e bem-vindas, desde que não signifiquem sacrifício aos princípios e garantias constitucionais fixados.

Qualquer pessoa que lida com o dia a dia forense constata que se acumulam nos juízos processos em que são travadas discussões estéreis, relativas a teses jurídicas já superadas e cujo único objetivo parece ser ganhar tempo e retardar o deslinde final da contenda.

A norma é acusada de prejudicar demasiadamente o autor, que tem o seu pleito indeferido liminarmente, mesmo sem a prévia oitiva da parte contrária. Quando se pensa, por outro lado, que o julgamento de improcedência está sendo apenas abreviado, em meses ou anos – já que fatalmente seria esse o resultado – é possível se afirmar que, de certo modo, a norma também protege o interesse do autor, que vê sua ansiedade natural do

desfecho igualmente abreviada e pode evitar custos processuais que são absolutamente desnecessários.

Também o autor ganha um precioso tempo, evitando-se uma delonga processual desnecessária, de um pleito que inevitavelmente está fadado ao fracasso. A regra, portanto, ajuda a cumprir a garantia constitucional de duração razoável do processo, também prevista na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6º, § 1º).

Segundo a petição inicial da ADin ajuizada pelo o Conselho Federal da OAB, haveria afronta ao contraditório, na medida em que este deve ser entendido como

Garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem todos em todos os elementos (fatos, provas, questões) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão¹¹⁸.

Como já afirmado anteriormente, a garantia do contraditório estabelece, ao mesmo tempo, um direito para as partes (sujeitos que terão suas universalidades jurídicas atingidas pela decisão final) e um dever para os magistrados.

Por integrar a garantia do devido processo legal e pelo fato de esta garantia hoje ser entendida no seu sentido substancial – garantia de um processo que observe as regras procedimentais e, sobretudo, seja justo – o

¹¹⁸ Petição inicial disponível no site do Supremo Tribunal Federal:
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3695&processo=3695>

contraditório deve ser contrabalanceado com outras garantias que também tenham por escopo a concretização da justiça nas decisões.

Sob este ângulo, o justo processo não pode prescindir de uma tutela jurisdicional que seja rápida e eficiente.

Não se pode perder de vista, outrossim, que ao autor é garantido o direito de interpor recurso contra a decisão que liminarmente indeferiu sua petição inicial. Haverá a possibilidade de o juiz sentenciante reconhecer o equívoco e exercer o juízo positivo de retratação. Caso insista em manter o indeferimento da inicial, deverá processar o recurso e encaminhá-lo à apreciação do Tribunal competente, não havendo qualquer restrição ao exercício do direito de recorrer.

Vale dizer: são admitidos os recursos ordinários e os excepcionais, bastando que tal direito seja exercido em conformidade com a legislação processual sobre a matéria, devendo ser observados os mesmos pressupostos recursais exigidos genericamente (tempestividade, adequação, preparo, fundamentação etc.).

A preservação do direito de submeter a questão a um outro juízo, de outro grau de jurisdição, minimiza os riscos de persistirem equívocos por parte dos magistrados de primeiro grau.

Interposto o recurso, deve o réu ser citado, realizando-se, assim, o contraditório. Se o juízo sentenciante se retratar, o processo terá prosseguimento com a citação do réu para oferecimento de resposta (art. 285-A, § 1º).

Não havendo retratação, o réu será citado para oferecer contra-razões ao recurso, oportunidade em que deverá sustentar que a decisão que reconheceu a existência de precedentes desfavoráveis ao autor está correta.

Não existe a possibilidade de apreciação (e provimento) do recurso sem que tenha sido concedida ao requerido a oportunidade de se manifestar, o que revela o respeito da norma pelo contraditório.

Caso o autor deixe transcorrer *in albis* o prazo recursal e a sentença venha a transitar em julgado, isso se dará sem que o réu sequer tenha tido ciência do ajuizamento da ação. É esta a hipótese que, em tese, poderia suscitar dúvidas quanto à observância da garantia do contraditório. Com efeito, já foi dito alhures que o contraditório, do ângulo do juiz, é um dever a ser respeitado e, neste caso, ele é flagrante e expressamente dispensado de tal dever.

A garantia foi instituída, importante considerar, em favor dos jurisdicionados, evitando que estes venham a sofrer os efeitos de um provimento jurisdicional oriundo de um processo no qual não tiveram a oportunidade de serem ouvidos.

E, partindo-se do pressuposto de que a razão maior da garantia é a proteção da parte, caberia indagar se a norma do art. 285-A, ao dispensar o juiz da observância de fazer valer o contraditório, estaria enfraquecendo esta proteção.

Não conseguimos vislumbrar como a decisão que liminarmente julga improcedente o pedido do autor poderia prejudicar o réu, já que está sempre lhe será favorável.

Exigir a prévia citação do réu, por vislumbrar possível ofensa ao contraditório, é prestigiar a forma pela forma, sem se preocupar minimamente com o sentido da norma.

Com efeito, o réu não teria o mínimo interesse em impugnar a sentença liminar, que lhe foi inegavelmente favorável ao reconhecer a

improcedência do pedido do autor dirigido contra si. Há manifesta falta de interesse jurídico por parte do réu em ser ouvido antes da sentença liminar. Vale destacar, ainda, que como este só poderia se manifestar nos autos por meio de advogado, a não citação acaba lhe poupando dinheiro.

Com efeito, a concepção filosófica do instituto do contraditório assenta-se na necessidade de segurança jurídica, de modo a evitar que a parte seja surpreendida por ato de império em sua universalidade de direitos. Como, nos termos do art. 285-A, CPC, a norma só se aplica diante de sentença que lhe é amplamente favorável, a finalidade da garantia estará preservada e é isso que, em última análise, importa e deve ser sopesado pelo intérprete.

Além do mais, ao garantir às partes o contraditório, a Constituição da República não chega a determinar que ele seja observado somente por meio da citação inicial.

Nunca é demais lembrar que, nos casos de tutela de urgência, há previsão de decisão que atinge diretamente o réu antes mesmo de ele ser ouvido nos autos, tendo a doutrina se posicionado maciçamente pelo reconhecimento da possibilidade de ser o contraditório diferido. Ninguém que mereça ser levado a sério ousou apontar a inconstitucionalidade das medidas de urgência.

Se se admite o mais – decisão que atinge desfavoravelmente o patrimônio jurídico de umas partes, antes de ela ser ouvida – não há porque negar a possibilidade do menos – decisão favorável e inofensiva.

FREDIE DIDIER JR., mesmo antes do advento da norma em comento, já lecionava no sentido de que “sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a total ausência de prejuízo (art. 249, §§ 1º e 2º, do CPC)”, lembrando, ainda, que a

citação não é pressuposto processual indispensável, já que a lei admite possa ela vir a ser suprida pelo comparecimento espontâneo do réu¹¹⁹.

Sem negar que o contraditório também deve ser visto e garantido como um direito do autor, HUMBERTO THEDORO JÚNIOR defende a constitucionalidade da norma e a necessidade de harmonização dos princípios e demais garantias:

Mas, por outro lado, dúvidas não existem de que o contraditório, sob uma ótica atual, precisa ser visto também como uma garantia conferida ao próprio autor da demanda, dando-se uma dimensão ativa a esse direito fundamental.

No entanto, dúvidas também não devem existir para que se conclua que nenhum princípio é absoluto. E, no caso do art. 285-A, CPC, o que se tem é a preponderância de outros princípios em relação ao contraditório¹²⁰.

Não é difícil concluir, portanto, que somente uma leitura apressada do dispositivo, ignorando a necessidade de se conciliar o princípio do contraditório com outras garantias, é que poderia levar à conclusão de inconstitucionalidade. A não observância do contraditório neste caso decorre da mais absoluta desnecessidade, não havendo qualquer risco para o réu, o suposto interessado em ser ouvido.

Assim, no atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, não se justifica considerar a nulidade de uma decisão apenas porque não se ouviu a parte que foi por ela favorecida. Sem prejuízo, não se deve desprezar os atos processuais praticados, é o que preconiza o art. 250, Código de Processo Civil.

¹¹⁹ DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 172.

¹²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil: leis nºs 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15.

Depois de lembrar que a norma do art. 285-A não é a primeira a prever o julgamento, *in limine litis*, de improcedência do pedido (o art. 295, IV, CPC já admitia, desde a promulgação do Código, o indeferimento da inicial quando o juiz desde logo reconhecesse a prescrição ou a decadência), HUMBERTO THEODORO JÚNIOR¹²¹ defende a aplicação analógica da norma do art. 219, § 6º, CPC, que prevê a necessidade de comunicação ao réu do resultado do julgamento que lhe foi favorável.

Desse modo, caso exista algum aspecto da decisão que possa ter sido contrária ao interesse do réu – o que, se cogita em tese e apenas por amor à dialética, já que a hipótese legal é sempre a de julgamento de improcedência do pedido do autor –, sempre lhe será garantido o direito de se manifestar de maneira contrária e até mesmo interpor recurso. O que se dispensou, frise-se bem, foi a citação inicial e a necessidade de se esperar a resposta, sempre que, por se tratar de processo repetido, a improcedência puder ser vislumbrada antecipadamente.

4.8 O contraditório no Projeto do novo Código de Processo Civil

4.8.1 Preocupação expressa com o contraditório efetivo

Na esteira do que havia de mais avançado no direito estrangeiro, o Projeto de Lei do Senado n. 166, de 2010 – Projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro – elaborado por uma comissão de notáveis processualistas, cuidou para que o contraditório no sentido material fosse expressamente contemplado em nosso direito positivo. Eis os termos do artigo 7º do PLS 166, em sua redação original:

¹²¹ THEODORO JÚNIOR. *Curso...*, cit., p. 361.

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 velar pelo efetivo contraditório *em casos de hipossuficiência técnica*.

Ao juiz passaria a ser atribuídos poderes para tomar providências em prol da parte deficientemente representada, sempre que se constatasse que a deficiência de representação era potencialmente lesiva ao contraditório e, por conseqüência, colocava em risco o resultado a que o processo deveria chegar se não houvesse tamanho desequilíbrio entre os procuradores.

A norma dava indiscutível importância ao contraditório enquanto instrumento de *colaboração* para a construção da decisão final. Colaboração esta que, por ser fundamentalmente necessária, não poderia prescindir de representação técnica de qualidade. Por isso é que o juiz, ao verificar que uma das partes estava subrepresentada e que isso prejudicava não somente a ela, mas principalmente ao processo de colaboração que deveria acontecer no processo, ficava autorizado a tomar alguma providência.

Na tramitação do processo, contudo, o Senador Marconi Perillo apresentou emenda (Emenda 167) propondo a substituição da expressão “hipossuficiência técnica” por “manifesta hipossuficiência da parte”. Argumentava Sua Ex.a que “a hipossuficiência deve ser da parte e não do advogado que patrocina a demanda”.

A proposta de emenda tinha o mérito de ampliar os casos em que o juiz deveria agir para fazer prevalecer o contraditório efetivo. É perfeitamente possível imaginar que a hipossuficiência de uma das partes tenha reflexos no processo para além da deficiência da defesa técnica. Assim, se a defesa deficiente é uma das possíveis conseqüências da hipossuficiência da parte, talvez a mais provável e evidente, certamente não é a única.

A expressão “*em casos de hipossuficiência técnica*” acabou sendo suprimida no relatório geral apresentado pelo Senador Valter Pereira, ao argumento de que “a interferência do juiz em casos de hipossuficiência técnica pode importar na violação do princípio da imparcialidade do juiz”. Conseqüentemente, a emenda do Senador Perillo foi rejeitada.

O fundamento utilizado pelo parlamentar para extirpar a referência à hipossuficiência técnica – risco à imparcialidade do juiz – não se sustenta, bastando relembrar que um juiz que se queda inerte mesmo depois de constatar que a hipossuficiência de uma das partes impede a ocorrência de um contraditório efetivo é que deveria ser considerado parcial. Parcialidade não é algo que se deva ligar somente à atividade, mas também à inércia.

Na verdade, a redação do artigo nos termos do Relatório final aprovado no Senado – sem as expressões “em casos de hipossuficiência técnica” ou “em casos de manifesta hipossuficiência da parte” – conservou o que havia de mais importante: a determinação, simples e direta, para que o juiz vele pela observância do contraditório efetivo.

A inclusão de qualquer sentença complementar iniciada por “em casos de...” poderia ter um indesejável efeito limitador do alcance da norma e ser fonte de controvérsia doutrinária e jurisprudencial absolutamente desnecessária.

A necessidade de observância do contraditório no sentido material e não apenas formal não decorre de uma regra legal, mas de uma leitura do direito processual feita à luz do texto constitucional, que contempla a efetividade da prestação jurisdicional como um princípio que deve nortear todo o sistema.

Ignorar que em muitos casos as partes comparecem em juízo em desigualdade de condições de defender seus direitos, a tal ponto que o resultado final poderia se afastar do preconizado pelo direito material, não é compatível com o atual estágio de desenvolvimento da ciência processual, nem tampouco adequado a um Estado de Direito que se quer efetivamente – e não apenas formalmente – Democrático.

De toda sorte, da maneira como o projeto deixou o Senado para ser apreciado pelo Congresso a atribuição ao juiz do dever de zelar pelo *efetivo* contraditório foi mantida e isso é o que mais importa para se alcançar um processo justo.

4.8.2 A consagração legislativa da garantia de não-surpresa

O projeto também teve o mérito de explicitar a faceta do contraditório como garantia de não-surpresa, ao proibir o juiz de utilizar fundamentos sobre os quais as partes não tiveram a chance de se manifestar a respeito, ainda que estes pudessem ser reconhecíveis *ex officio*:

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 tenha que decidir de ofício.

Em que pese a garantia de não ser surpreendido por fundamento subtraído ao debate já poder ser considerada implicitamente consagrada – consequência lógica do princípio do contraditório – a explicitação da regra traz consigo a vantagem de por um fim a qualquer polêmica.

Apesar do projeto não trazer indicação de como o juiz deverá agir quando sentir a necessidade de fundamentar sua decisão em argumento que

não foi objeto do necessário contraditório, certo é que ele deverá intimar os litigantes a se manifestar sobre a questão jurídica (v.g., a decadência).

Antevendo que a adoção daquele fundamento poderá lhe ser prejudicial, o interessado terá a chance de argumentar previamente e expor as razões de fato e de direito pelas quais entende que a pretensa justificativa não se aplica ao caso concreto. A contraparte, por outro lado, poderá outros subsídios ao juiz em prol da adoção daquela tese.

Haverá, certamente, quem vislumbrará na norma uma regra desnecessária e até burocrática, capaz de retardar a solução final do caso. Não se justifica, contudo, este entendimento.

Já se disse que a técnica processual, quando bem utilizada, serve aos fins mais nobres do processo e quando má utilizada pode burocratizá-lo e contribuir para sua inefetividade.

Há que se reconhecer que, no plano ideal – e o cientista, mesmo sabendo que a realidade pode acabar desvirtuando os institutos, não pode raciocinar com base apenas no desvio – a intimação das partes para se manifestarem a respeito da questão não debatida traz algumas inegáveis vantagens.

Realizado o debate, a decisão deverá levar em consideração os argumentos trazidos pelas partes, o que necessariamente fará com que ela seja melhor fundamentada.

Por ter havido um debate prévio, por ter este debate sido causa de uma melhor fundamentação e pelo fato de que uma melhor fundamentação significa maiores chances de aceitação, não soa excessivo acreditar que isso tudo possa vir a evitar recursos.

4.8.3 Reconhecimento da possibilidade de se atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração e obrigatoriedade de se observar o contraditório.

O Código de Processo Civil vigente não contém nenhuma previsão relativa à possibilidade de, ao julgar embargos de declaração, o órgão jurisdicional modificar a parte dispositiva da decisão, mudando completamente o sentido da decisão embargada.

Isso não impediu, contudo, que os efeitos modificativos dos embargos declaratórios fossem reconhecidos pelo ordenamento jurídico, mesmo contra a resistência de alguns.

Não podia ser de outra maneira, pois muitas vezes, a modificação do sentido da decisão é uma conseqüência lógica e inevitável do reconhecimento do vício que se pretendeu sanar com os aclaratórios (omissão, contradição ou obscuridade).

Ao contrário do que se poderia pensar – e do que muitas pessoas sustentam – atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração não se constitui em providência de caráter excepcional. Neste sentido, a precisa lição de LUÍS EDUARDO SIMARDI FERNANDES:

Acreditamos que esses efeitos modificativos haverão de se fazer presentes não apenas em casos excepcionais – como dizem alguns na tentativa de impor barreiras a essa possibilidade –, mas sim sempre que essa modificação do julgado for conseqüência, natural e necessária, do conhecimento e julgamento do recurso sob exame.

[...]

Tal se dá, por exemplo, quando existe na decisão embargada contradição entre a fundamentação e o dispositivo. Para afastar esse vício, em alguns casos terá o juiz de alterar o próprio

dispositivo da sentença, o que é plenamente possível e aceitável. Caso contrário, ficaria de mãos atadas e não teria como sanar o vício.

O mesmo ocorre quando se embarga sob alegação de omissão da decisão. Constatada a sua ocorrência, compete ao juiz a complementação da mesma. Ao complementá-la, poderá verificar a necessidade de alteração do julgado, pois, ao decidir em determinado sentido, assim o fez porque esquecera de apreciar alguma alegação. Apreciada esta, o resultado do julgamento haverá de ser outro. E poderá promover todas as alterações que decorram da complementação da decisão¹²².

Estabelecido que a oposição de embargos de declaração traz consigo a possibilidade de mudança do julgado, a questão que se colocava era justamente a da necessidade de se intimar a parte embargada, permitindo que ela se manifestasse a respeito do recurso.

Enquanto alguns magistrados cuidavam de tomar esta providência, outros tantos simplesmente acolhiam os embargos, sanavam o vício e, como conseqüência disso, alteravam o sentido da decisão.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar a respeito, por sua Corte Especial, em pelo menos duas oportunidades e em ambas fixou o entendimento no sentido de que “a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da contraparte; sem o contraditório, o respectivo julgamento é nulo”¹²³.

¹²² FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2003, p. 156-157. No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 5. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 427.

¹²³ Embargos de Divergência no Agravo (EAG) 778.452/SC, Rel. Min. Ari Pargendler, v.u., DJ-e 23.08.10 e Embargos de declaração nos embargos de declaração na ação rescisória (EDcl nos EDcl na AR) 1.228/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ-e 02.10.08.

O Superior Tribunal de Justiça, na verdade, seguia orientação já firmada pelas duas turmas do Supremo Tribunal Federal¹²⁴, pela obrigatoriedade do contraditório nestes casos.

O projeto do novo Código de Processo Civil vem acabar com a falta de norma expressa ao afirmar que “eventual efeito modificativo dos embargos de declaração somente poderá ocorrer em virtude da correção do vício, desde que ouvida a parte contrária no prazo de cinco dias”¹²⁵.

4.9 Contraditório e processo administrativo

Ao estabelecer que “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 inerente”¹²⁶, a Constituição procurou superar a discussão a respeito da aplicabilidade do contraditório no processo administrativo. Afirmou, sem fazer qualquer tipo de distinção, que a garantia deveria ser observada tanto no processo judicial, quanto no administrativo.

Apesar disso, o alcance do contraditório no âmbito do processo administrativo ainda gerou debates, que acabaram sendo produtivos para a reafirmação do seu caráter de direito fundamental e, conseqüentemente, do seu amplo alcance.

A evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria foi significativa, valendo exemplificar alguns votos ou julgados que davam alcance menos amplo ao contraditório.

¹²⁴ Cf. Agravo regimental no agravo de instrumento 327.728/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 15.10.01 e RE 384.031/AL, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 04.06.04.

¹²⁵ Art. 976, Parágrafo único.

¹²⁶ Art. 5º, inciso LV, Constituição da República.

Ao apreciar processo em que se discutia a aplicação do princípio do contraditório no âmbito do Tribunal de Contas da União¹²⁷, o Ministro Octávio Gallotti chegou a afirmar que

Considerar que o Tribunal de Contas, quer no exercício da atividade administrativa de rever os atos de seu Presidente, quer no desempenho da competência constitucional para julgamento da legalidade da concessão de aposentadorias, (ou ainda na aferição da regularidade de outras despesas) esteja jungido a um processo contraditório ou contencioso, é submeter o controle externo, a cargo daquela Corte, a um enfraquecimento absolutamente incompatível com o papel que vem sendo historicamente desempenhado pela Instituição desde os albos da República.

Em julgamento anterior¹²⁸, o Ministro Carlos Velloso havia proferido voto limitando o alcance do contraditório, ao argumento da ausência de prejuízo para o administrado:

Nos casos que tenho apreciado, em que o tema é ventilado, procuro verificar se o ato administrativo praticado é puramente jurídico ou se envolve ele questões de fato, em que se exige o fazimento de prova. Porque, se o ato é puramente jurídico, envolvendo, simplesmente, a aplicação de normas objetivas, mesmo não tendo sido assegurado o direito de defesa na área administrativa, pode a questão ser examinada em toda sua extensão, no Judiciário, na medida judicial contra o ato apresentada. Neste caso, portanto, não há se falar em prejuízo para o administrado, ou não resulta, do fato de não ter sido assegurada a defesa, na área administrativa, qualquer prejuízo,

¹²⁷ Agravo regimental na Suspensão de Segurança 514/AM, Pleno, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 03.12.93.

¹²⁸ Recurso Extraordinário 158.543/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.10.95.

dado que a questão, repito, pode ser examinada em toda sua extensão, judicialmente.

Em outro julgamento, o Ministro Sydney Sanches considerou regular o ato que retificou aposentadoria de servidor, sem ter lhe dado oportunidade de defesa:

“Todavia, se o ato de aposentação era parcialmente ilegal, podia e devia o Prefeito retificá-lo, para ajustá-lo à legalidade [...]”.

E para isso não precisava o Prefeito abrir um procedimento administrativo, no qual o recorrente pudesse figurar como “litigante”, com direito à observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Até porque não estava sendo acusado de nada¹²⁹.

A doutrina constitucional, no entanto, há muito tempo já enfatizava que o direito de defesa – e o contraditório, por consequência – não podia ser resumido a um simples direito de manifestação no processo, mas também o direito de ver os argumentos considerados. Em julgamento paradigmático, no Mandado de Segurança 24.268/MG o Pleno do STF, por maioria de votos, acabou fixando contornos bem mais amplos para o contraditório, refutando as teses espelhadas nos votos citados acima¹³⁰.

O voto vencedor do Ministro Gilmar Mendes, farto em citações da doutrina alemã e de outros precedentes do Supremo Tribunal Federal, esclareceu que a doutrina constitucional, há muito tempo já assinalava que o direito de defesa e do contraditório não podiam ser resumidos à simples possibilidade de manifestação no processo, mas englobava também o direito de ter os seus argumentos considerados pelo órgão julgador e a Lei 9.478/99, ao regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, teria seguido a mesma linha.

¹²⁹ Recurso extraordinário 185.255/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 19.09.97

¹³⁰ MS 24.268/MG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17.09.04

Ainda que o ato administrativo tenha sido manifestamente ilegal, sua anulação, quando repercutir no campo dos interesses individuais, não pode dispensar o contraditório amplo.

Refutou-se não apenas a tese que isentava o Tribunal de Contas da União de observar tais garantias, como também a distinção feita pelo Ministro Carlos Velloso no sentido de aplicar o contraditório apenas aos procedimentos que envolvessem questão de fato. No entender do Ministro Gilmar Mendes, *“o texto constitucional não autoriza semelhante redução teleológica”*.

4.10 Muito além do processo

5 O REFORÇO DOS PODERES DO JUIZ COMO INSTRUMENTO CAPAZ DE EQUILIBRAR AS PARTES

5.1 Tendência ao aumento dos poderes do juiz

A pretexto de se manterem imparciais e eqüidistantes das partes, os magistrados brasileiros¹³¹ muitas vezes conduzem os processos judiciais com distanciamento e indiferença. Predomina uma atitude passiva no que diz respeito às desigualdades existentes entre as partes, o que se observa principalmente no momento da instrução do processo, com apoio na concepção de que tal tarefa incumbe exclusivamente às partes.

Esta postura de aparentemente indiferença revela, na realidade, uma falta de preocupação com a real finalidade do processo, (efetivação do direito material) levando à adoção de soluções formalistas (v.g.: extinção do processo sem julgamento de mérito, aplicação das regras do ônus da prova, preclusão etc.).

Tampouco as evidentes e relevantes diferenças sociais, econômicas e culturais entre os litigantes são levadas em consideração pelos magistrados, que agem como se a disparidade de armas não lhes dissesse respeito e a justiça da decisão não sofresse influência destes fatores.

Se por um longo período a justificativa para esta (falta de) atitude e indiferença era a observância do dever de imparcialidade, nos tempos atuais não há como deixar de ignorar que i) o apego a formalidades ou à técnica podem impedir que a tutela jurisdicional adequada seja prestada e ii) a efetiva disparidade de armas pode influenciar – e efetivamente influencia – o desenvolvimento e o resultado final do processo.

¹³¹ Na verdade, e para ser justo, vale registrar que segundo BARBOSA MOREIRA não se trata de fenômeno peculiar do Poder Judiciário brasileiro, já que a subutilização dos poderes instrutórios outorgados pela lei é tendência que se repete em países como Portugal, Itália, França e Áustria (cf. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de Direito Processual: Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24).

A adoção do processo justo como um objetivo a ser alcançado exige nova postura dos órgãos jurisdicionais frente à desigualdade dos litigantes, voltada para minimizar os seus efeitos sobre o provimento final. Um juiz passivo e indiferente deve ceder lugar a um outro, que reconhece que os litigantes não combatem nas mesmas condições e, consciente de que esta disparidade pode conduzir a um resultado que não era o previsto e desejado pelo direito material, procura evitar que isso aconteça.

Nas últimas décadas, o Código de Processo Civil vem sofrendo uma série de modificações. Anuncia-se, para breve e em meio a polêmica, a aprovação de um novo Código. No início desta sanha reformista, as mudanças eram justificadas pela necessidade de simplificar e desburocratizar os procedimentos, eliminando formalidades inúteis. A duração do processo era o alvo principal das preocupações. Já em um segundo momento, as modificações tornaram-se mais ambiciosas, mas sem nunca deixar de refletir uma busca por um processo mais efetivo e justo.

A análise geral destas alterações legislativas permite afirmar que houve inegável tendência no incremento e no reforço dos poderes dos juízes. Trata-se de fenômeno que também pode ser observado em outros ordenamentos jurídicos.

5.2 Questão de postura

Analisando as reformas legislativas, BARBOSA MOREIRA adverte para a necessidade de uma mudança de postura dos órgãos jurisdicionais, sem a qual as alterações podem se revelar inócuas:

Uma coisa, entretanto, é o texto legal, outra a maneira como os juízes concretamente o aplicam - ou deixam de aplicá-lo... Já se

aludiu à escassez, na prática judiciária, das iniciativas tomadas *ex officio* em matéria de prova¹³².

Realmente há que se reconhecer que o legislador vem fazendo sua parte na tentativa de melhorar a prestação jurisdicional. Pode até ser acusado de excesso, nunca de omissão.

O mesmo, infelizmente, não pode ser dito dos sujeitos processuais – partes e magistrados. Muitas vezes refratários às mudanças, subutilizam as tentativas de aprimoramento da técnica, muitas vezes por ignorância, outras tantas por preguiça¹³³.

Realmente, as modificações legislativas adiantarão muito pouco – ou bem menos do que poderiam – se não forem acompanhadas de uma tentativa de sensibilização das partes e juízes no sentido de mudarem a mentalidade.

A qualidade dos profissionais que estão sendo formados é notadamente ruim e muitas vezes o mau uso da técnica, dos poderes e das faculdades é conseqüência da deficiência de formação do operador, mais até do que uma atitude consciente.

5.3 O aumento dos poderes do juiz no projeto do novo Código de Processo Civil

Independentemente da postura ainda passiva dos juízes, fato é que o legislador parece depositar nele as esperanças para uma melhor prestação

¹³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

¹³³ O caso da audiência preliminar prevista no art. 331, CPC é exemplar. Se bem utilizada, com a fixação dos pontos controvertidos feita juntamente com as partes, a audiência teria indiscutível potencial para acelerar os processos, diminuindo o número de recursos. Observou-se, porém, que os juízes limitam-se a utilizar a audiência para tentativa de acordo, sem envidar esforços para que este objetivo seja alcançado. Por um problema de postura, a audiência preliminar tornou-se uma providência tida como burocrática e inócua.

jurisdicional. Analisando o projeto do Novo Código de Processo Civil, especialmente o art. 118, é possível constatar que ao magistrado se pretende outorgar poderes ainda bem mais amplos no processo.

Esta norma guarda correspondência com o art. 125, do Código de Processo vigente segundo o qual compete ao juiz i) assegurar às partes igualdade de tratamento; ii) velar pela rápida solução do litígio; iii) prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da Justiça; iiiii) tentar conciliar as partes.

A nova norma mantém todas as incumbências existentes e passa a atribuir ao juiz novos e expressos poderes, entre os quais se destaca os de “dilatar 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 bem jurídico” (inciso V).

Vale notar que o projeto elaborado pela comissão de processualistas era bem mais ousado, pois atribuía aos juízes poderes para “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”.

Pressionado pela forte reação contra esta norma, o relator do projeto acabou suprimindo a possibilidade que havia sido dada aos juízes de alterar ou adaptar procedimentos nos casos concretos, como aumentar prazos e inverter ordem de produção de provas. As discussões apontavam graves riscos para a segurança jurídica, ao argumento de que, a amplitude de poderes era tanta, que cada magistrado poderia acabar criando seu próprio código.

As preocupações parecem exageradas e revelam pouca familiaridade, ou até mesmo desprezo, pela boa técnica processual.

Isso porque, o projeto original chegava a estabelecer algumas balizas para o magistrado. Assim, eventuais mudanças no procedimento deveriam ser orientadas no sentido de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional além de terem que respeitar o contraditório e a ampla defesa¹³⁴.

A esta possibilidade de influir na condução do devido processo legal, adaptando-o à situação de direito material concreta posta em juízo, BEDAQUE chama de “princípio da adequação formal”, considera manifestação do justo processo e

Desde que observado o contraditório e não sejam prejudiciais a qualquer das partes, adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à idéia do processo justo, tal como regulado pela Constituição. Aliás, se inexistente qualquer razão maior para determinadas especificidades procedimentais, nada obsta a que seja adotada a idéia da fungibilidade nesta sede¹³⁵.

A submissão das alterações pretendidas ao contraditório¹³⁶, a obrigatoriedade de respeito à ampla defesa, e o dever de motivação das decisões judiciais (inclusive no que diz respeito aos argumentos opostos pelos supostos prejudicados pela adequação procedimental) parecem mais que suficientes para justificar a ousadia que se pretendia levar a cabo.

Em outras palavras: o respeito à boa técnica processual afastaria os temores apontados. Infelizmente, a aversão ao novo e má-percepção das potencialidades benéficas da norma que se pretendia implementar acabaram

¹³⁴ A nova versão não faz menção expressa à observância destes princípios, mas evidentemente persiste o dever do magistrado de fazer valer as normas constitucionais. O silêncio da norma no que diz respeito à fundamentação da decisão também é irrelevante. Ao se valer das faculdades de alargar prazos ou alterar a ordem dos meios de prova, o juiz, obviamente, não estará desobrigado de motivar sua decisão em argumentos racionais e convincentes.

¹³⁵ BEDAQUE, *Efetividade...*, cit., p. 63.

¹³⁶ O que implica não apenas em comunicar previamente às partes sobre as modificações, mas deixá-las se manifestar sobre esta intenção e levar em consideração seus argumentos quando da decisão final a respeito.

fazendo com que o legislador, lamentavelmente, recuasse da intenção de outorgar poderes mais amplos ao juiz.

O reforço dos poderes do juiz não pode deixar de ser vislumbrado – e utilizado – como um instrumento capaz de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional. Atribuir-lhe ampla iniciativa probatória ou o poder de dilatar prazos e alterar procedimentos, por exemplo, pode ser uma maneira eficaz de, segundo BARBOSA MOREIRA,

equilibrar em certa medida as diferenças de recursos das partes e com isso dar ao contraditório efetividade capaz de fazê-lo descer do plano das puras abstrações dogmáticas para o das necessidades concretas e encarnadas, aqui e agora, da realização da Justiça¹³⁷.

Ignorar esta faceta ínsita ao aumento dos poderes do juiz equivale a subutilizar a técnica processual (logo, fazer mal uso dela), ignorando que o seu bom uso é importantíssimo e fundamental para o alcance do devido processo justo.

5.4 A questão da imparcialidade

A imparcialidade é, sem sombra de dúvidas, uma das garantias mais proclamadas dos nossos tempos. Apesar disso, não é fácil conceituá-la, sem incorrer em manifesta tautologia: imparcialidade como ausência de parcialidade.

Curiosamente, contudo, nossa Constituição não mencionou a imparcialidade como dever a ser observado pelos órgãos jurisdicionais e tampouco a consagrou como um direito fundamental dos jurisdicionados.

¹³⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA. Reformas..., cit., p. 66.

Isso, no entanto, não significa que a garantia não tenha este status, já que o art. 5º, § 2º, da própria Constituição estabelece que os direitos enunciados em tratados internacionais também fariam parte do rol dos direitos constitucionais. Como o Brasil aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos e é signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos há direito fundamental do cidadão a ser julgado por um tribunal imparcial.

Além do mais, as garantias dos magistrados previstas no texto constitucional (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio) e também as vedações¹³⁸ a ele impostas sempre foram justificadas como essenciais à preservação da imparcialidade e da independência da função jurisdicional.

Também se deve ter em mente que é do princípio da imparcialidade que decorre o dever do órgão jurisdicional exercer sua atividade de modo transparente, sendo vedado que decisões judiciais sejam proferidas em segredo (princípio da publicidade) ou sem fundamentação adequada e suficiente (princípio da motivação das decisões judiciais)¹³⁹.

No campo da legislação infraconstitucional, por outro lado, sempre houve *regra jurídica* determinando que o juiz se abstinhasse de atuar em processos em que fosse considerado impedido e possibilitando à parte se insurgir contra o juiz presumidamente vinculado à outra parte.

Com efeito, foi para alcançar o objetivo de se assegurar um juiz imparcial que o direito positivo pôs à disposição de qualquer das partes meios adequados para afastar do processo juízes que, por algum motivo, possam parecer tendenciosos¹⁴⁰ e, em casos mais extremos, estabelece, com

¹³⁸ Art. 95, Constituição da República.

¹³⁹ Art. 93, inciso IX, Constituição da República. No mesmo sentido, cf. SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: RT, 2008, p. 33-34.

¹⁴⁰ Art. 135, CPC, que trata das hipóteses em que a parte pode argüir a suspeição do juiz.

base em dados objetivos, verdadeira proibição para que o juiz atue no caso¹⁴¹, atribuindo-lhe o dever de se afastar, mesmo sem a provocação da parte¹⁴².

Deste modo, não há razão para se questionar o direito ao juiz imparcial como uma garantia prestigiada pelo nosso ordenamento jurídico.

Quando se fala em imparcialidade como um dever inerente ao exercício da função jurisdicional o que se quer colocar em relevo é que o juiz deve agir (e decidir) guiado por critérios estritamente jurídicos e lógico-rationais, de forma objetiva, sem se deixar influenciar por subjetivismos, preferências, ideologias ou outros fatores estranhos ao processo.

O que é um dever do ponto de vista do órgão jurisdicional pode ser visto como uma garantia para os jurisdicionados, na medida em que estes possuem verdadeiro direito de ver seus pleitos apreciados por juízes que não tenham (ou possam ter) algum tipo de interesse na causa.

Fato é que a imparcialidade sempre foi apontada como uma das principais características da atividade jurisdicional, “condição *sine qua non* do legítimo exercício da função”¹⁴³, relacionada com a sua finalidade de garantir a eficácia do ordenamento jurídico, em última instância, diante do caso concreto. Para tanto, o órgão jurisdicional tem o dever de imparcialidade, que sob o ponto de vista dos jurisdicionados constitui-se em um direito-garantia.

Não é difícil imaginar que um ordenamento jurídico que não zelasse pela retidão de juízo das pessoas encarregadas do exercício da função jurisdicional estaria fadado a sofrer graves tensões que poderiam até mesmo por em risco a existência do Estado Democrático. Daí ser comum a afirmativa

¹⁴¹ Art. 134 e 136, CPC que tratam dos casos de impedimento do juiz.

¹⁴² Afirmou-se que as hipóteses de impedimento são previstas para casos mais extremos porque o vício, nestes casos, é de tamanha gravidade que pode gerar a rescisão do julgado.

¹⁴³ BARBOSA MOREIRA. Reflexões..., cit., p. 19.

de que um juiz imparcial, que se coloque eqüidistante das partes e desinteressado no conflito, é da essência do Estado contemporâneo.

Mas se o princípio da imparcialidade não encontra resistências quando enunciado em tese, sua aplicação concreta levanta várias questões a respeito do qual não se pode falar em uniformidade de pensamento. Entre estas, uma das de maior repercussão prática diz respeito à instrução do processo¹⁴⁴.

Para uma precisa compreensão do tema, essencial para o desmonte de alguns dogmas repetidos *ad nauseam*, uma análise histórico-evolutiva, ainda que breve para não desviar o foco principal deste estudo, pode ser útil.

5.5 Imparcialidade e neutralidade

A imparcialidade, no âmbito da atividade jurisdicional, foi posta em destaque principalmente após a Revolução Francesa, certamente em razão da enorme desconfiança que a figura do juiz provocava. Foi a partir daí que a imparcialidade passou a ser apontada como um critério que diferenciava a função jurisdicional das demais funções do Estado¹⁴⁵.

A exigência de imparcialidade judicial passou a ser um postulado universal, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. X) e em diversos outros documentos e tratados internacionais (art. XXVI da Declaração Americana dos Direitos do Homem; art. 8º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos; art. 14, I do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; art. 6º, I, do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais etc.). Por tudo isso, não chega a ser

¹⁴⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA. Reflexões..., cit., p. 22.

¹⁴⁵ Hoje em dia, contudo, a imparcialidade também vem sendo apontada como uma característica das outras funções estatais, legislativa e administrativa, não sendo mais uma nota distintiva da função jurisdicional. Cf. SOUZA, Artur César de. *A Parcialidade...*, cit., p. 37-38.

exagerado afirmar que se constitui em uma das garantias mais difundidas de nosso tempo.

Apesar disso, o seu conteúdo ético “é concebido nos mesmos com que fora este princípio proclamado pelo liberalismo burguês do século XVIII, ou seja, prescrevendo uma caricatura para o juiz como um eunuco político e social, cego e insensível a qualquer diferenciação socioeconômico-cultural das partes no âmbito da relação jurídica processual”¹⁴⁶.

O princípio da imparcialidade foi, desta maneira, consolidado sob uma perspectiva meramente formal, como se o juiz pudesse ser dissociado do contexto social e pudesse/devesse desconsiderar as efetivas desigualdades existentes entre as partes, sendo suficiente para o atendimento do dever de imparcialidade que lhes dispensasse tratamento “igual”.

Esta concepção de imparcialidade, que propugna por um juiz asséptico e indiferente e que foi alicerçada com base em um pensamento liberal burguês do século XVIII, vem merecendo uma nova leitura mais consentânea com as exigências e peculiaridades de uma sociedade pluralista em que são evidentes as diferenças sociais, econômicas e culturais. A nova realidade social não deixa mais espaço para o juiz “eunuco”¹⁴⁷.

5.6 Repensando a imparcialidade

A exigência de “neutralidade” no exercício da função jurisdicional, como se fosse possível ao magistrado despir-se do que há de humano em si próprio, é uma completa utopia. Não se pode pretender que o juiz, como cidadão que é, não esteja imbuído de uma visão personalíssima e individual do mundo ou que seja indiferente ao que ocorre à sua volta.

¹⁴⁶ SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, maio 2010, p. 28.

¹⁴⁷ SOUZA, *A parcialidade...*, cit., p. 138-139.

Neste sentido, é totalmente inócuo que o direito positivo proclame a neutralidade ideológica dos juízes, pois a realidade acabará se impondo. Imaginar que o juiz não possua ideologia política ou que não se deixe guiar, consciente ou inconscientemente, por suas crenças e convicções pessoais é ignorar o que efetivamente ocorre.

A idéia de imparcialidade precisa ser reconstruída a partir de um novo paradigma, que rompa com a concepção meramente formal e abstrata do liberalismo burguês. O paradoxo da sociedade contemporânea – notável progresso tecnológico e científico e exclusão de milhões de pessoas do processo de evolução social – impõe a releitura da garantia de imparcialidade do juiz.

Para esta releitura, é indispensável “(...) *um senso de igualdade, quanto à natureza humana, o qual, embora refute o ‘igualitarismos’ [sic], não compactue com gritantes desigualdades a se apresentarem como impedimento a uma vida digna a membros da referida sociedade*”¹⁴⁸.

ARTUR CÉSAR DE SOUZA, após constatar a insuficiência da racionalidade teórica instrumental, insiste na necessidade de se introduzir a realidade no processo, de modo que os juízes passem a enxergar as diferenças e desigualdades como elas efetivamente se apresentam durante o transcurso da relação jurídica processual. Ainda segundo o autor, desta vez com apoio em GIUSEPPE BETTIOL, o conceitualismo é a tumba da ciência processualística, motivo pelo qual não é possível se contentar com o pensamento abstrato¹⁴⁹.

Daí a necessidade de se adotar uma postura crítica e de se desconstruir os dogmas formulados a respeito da imparcialidade do juiz no processo, o que não significa que se deva deixá-lo decidir com base em

¹⁴⁸ GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.

¹⁴⁹ SOUZA, *A parcialidade...*, cit., p. 22.

subjetivismos, muito menos que se permita colocar em risco os direitos e garantias fundamentais das partes.

É legítimo pretender que o órgão jurisdicional atue no sentido de minimizar as desigualdades entre as partes que, no curso do processo, possam se constituir em obstáculo para a concretização do direito material.

Há que se diferenciar, assim, a parcialidade que decorre da violação do dever de abstenção (casos de impedimento ou suspeição previstos na lei), daquela que, em última análise, se volta à realização *material* dos princípios do devido processo justo, da igualdade e do contraditório.

É que além de regra jurídica expressa do sistema, a imparcialidade também se apresenta como um *princípio jurídico*, dotado de forte carga axiológica e umbilicalmente ligado àqueles princípios expressamente consagrados no texto constitucional.

Em razão de sua natureza principiológica, a imparcialidade pode ser vista como uma norma a ser harmonizada com outras da mesma natureza, que pode deixar de prevalecer¹⁵⁰ em determinado caso concreto, para materializar um daqueles outros princípios (igualdade, contraditório, devido processo justo). Isso não significa que sua validade esteja sendo afetada. Por esta mesma natureza de princípio, não se pode deixar de considerar que se trata de garantia dotada de forte sentido axiológico.

Da necessidade de harmonização do princípio da imparcialidade com os princípios do contraditório e do devido processo legal é que se pode inferir uma nova vertente da imparcialidade, que exige que o magistrado leve em consideração os obstáculos externos ao processo que possam dificultar ou impedir a realização do direito material.

¹⁵⁰ Melhor do que dizer “pode deixar de prevalecer”, seria afirmar que a imparcialidade pode “assumir feição diferente da tradicionalmente adotada”, para fazer

É o que ARTUR CÉSAR DE SOUZA vem a chamar de “parcialidade positiva”, que deve ser exercida pelos magistrados. Veja a justificativa do jurista, citando MARIO CHIAVARIO:

Muito embora não seja o processo ontologicamente um meio em si de promoção de justiça social, pode-se dizer que o processo, com os seus custos humanos e com as suas conseqüências, ‘(...) offre infatti un terreno particolarmente idoneo a divenire, a seconda dei casi, um amplificatore di quei condizionamenti, ovvero un, sia pur indiretto, fattore de eguaglianza sostanziale’.

É por isso que se propõe o princípio da ‘parcialidade positiva’ do juiz como forma de se transpor as barreiras externas do processo em prol de uma atividade jurisdicional justa e equânime¹⁵¹.

O reconhecimento de que o juiz pode e deve exercer esta parcialidade positiva sempre diante de um caso concreto, ponderando os interesses em jogo, fundamento sua decisão, sempre que se deparar com a disparidade de armas dos litigantes capaz de definir por si só o resultado do processo em nada interfere com o direito fundamental ao julgamento por um juiz imparcial, sem interesse próprio na causa ou vínculo pessoal com as partes.

O dever de abstenção do juiz e o direito da parte de recusá-lo diante das hipóteses previstas na regra legal permanecem intactos.

O que ARTUR CÉSAR DE SOUZA chama de “parcialidade positiva” – expressão equívoca, na medida em que, na verdade, reafirma o dever de imparcialidade – é, na verdade, uma concretização do princípio do contraditório, visto sob a perspectiva da igualdade material, que reclama uma postura ativa e comprometida do órgão jurisdicional:

¹⁵¹ *A parcialidade...*, cit., p. 216.

[...] fato é que a 'parcialidade positiva' não decorre, na verdade, de uma colisão de princípios entre imparcialidade e igualdade. Ela não exige uma colisão de princípios para que possa se tornar sustentável, pois, em última análise, o princípio constitucional da imparcialidade permite uma dupla perspectiva, ou seja, se por um lado o princípio da imparcialidade exige a atuação de um juiz sem qualquer vinculação ou interesse pessoal em favor de uma das partes, ou que possa realizar qualquer discriminação entre elas, por outro lado, reconhece a necessidade de o órgão jurisdicional levar em consideração as diferenças sociais, culturais e econômicas daqueles que se encontram envolvidos na relação jurídica processual, desde que essas diferenças possam de alguma maneira afetar o contraditório e a ampla defesa, como o próprio interesse da sociedade no resguardo da observância das normas legais, a fim de que não se ponha em risco a própria estabilidade do Estado de Direito Democrático¹⁵².

Compromisso este que não é, definitivamente, com algum dos sujeitos processuais, mas com o ideal de fazer com que o processo alcance o seu maior objetivo, qual seja, a realização, em concreto, do ordenamento jurídico.

Depois de afirmar que considera um equívoco a difundida tendência em identificar os conceitos de imparcialidade e de neutralidade, BARBOSA MOREIRA conclui:

Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha. Tal dever está insito no de 'assegurar às partes igualdade de tratamento', para reproduzir os dizeres do art. 125, I, do Código de Processo Civil.

¹⁵² SOUZA, Artur César de. *A parcialidade...*, cit., p. 64-65.

Outra coisa é pretender que o juiz seja neutro, no sentido de indiferente ao êxito do pleito. Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito. Em semelhante perspectiva, não parece correto afirmar, *sic est simpliciter*, que para o juiz 'tanto faz' que vença o autor ou que vença o réu. A afirmação só se afigura verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir do autor ou a do réu, e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com circunstâncias pessoais de um ou de outro: porque o autor X, simpático, ou porque o réu é Y, antipático, ou vice-versa. Repito, porém: ao juiz não apenas é lícito proferir a vitória da parte que esteja com a razão, seja ela qual for, senão que lhe cumpre fazer tudo para que a isso realmente se chegue - inclusive, se houver necessidade, pondo mãos à obra para descobrir elementos que lhe permitam reconstituir, com a maior exatidão possível, os fatos que deram nascimento ao litígio, pouco importando que, afinal, sua descoberta aproveite a um ou a outro litigante¹⁵³.

A aceitação da tese de que juiz imparcial não se confunde com juiz indiferente é de fundamental importância para se reconhecer nos poderes atribuídos aos juízes um mecanismo apto a diminuir as diferenças existentes entre as partes.

5.7 O direito positivo como parâmetro da justiça

Defender que o juiz pode e deve agir no sentido de minorar os nefastos efeitos das desigualdades existentes entre os litigantes, não significa sustentar que ele possa, a pretexto de fazer justiça, ignorar o direito positivo.

¹⁵³ Cf. BARBOSA MOREIRA. Reflexões..., cit., p. 29-30.

Se por um lado é verdade que a moderna concepção de processo está impregnada de um sentido ético – tanto na regulação do procedimento, quanto na elaboração do provimento final – não menos verdade é que não se pode, sob o pretexto de querer que prevaleça a justiça, menosprezar as regras de direito explícitas no ordenamento jurídico. Precisas as palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

Em nome da eticidade, não se admite que o provimento judicial se torne fonte primária de uma justiça paternalista e assistencial, alheia ou contrária aos preceitos editados pelo legislador. *Justo e injusto* medem-se, no processo, pelos padrões objetivos próprios do direito e não pela ótica subjetiva e intimista da moral, mesmo porque não é possível na ordem prática quantificar e delimitar, com precisão, os valores e preceitos puramente éticos, em todo o seu alcance *in concreto*¹⁵⁴.

Para evitar que o provimento judicial se revista deste indesejável caráter paternalista é indispensável que ele seja fruto da participação efetiva dos sujeitos interessados e reflita a atuação destes no procedimento preparatório.

5.8 Formalismo

Por “forma”, entende-se o conjunto de solenidades que os atos jurídicos devem observar para que produzam seus regulares efeitos. Em geral, os atos processuais são solenes, já que devem observar a forma escrita, a termos adequados e ao tempo e lugar previstos em lei.

Para os que não têm familiaridade com o prática e o cotidiano forense, as formas são objeto de críticas contundentes, mas o fato é que elas

¹⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, *Curso...*, cit., p. 26.

são instituídas como garantia e segurança das partes e não por capricho do legislador processual.

O formalismo, em si mesmo, não se refere apenas à forma dos atos processuais, servindo também para delimitar os poderes e deveres dos sujeitos processuais, organizando o procedimento e estabelecendo limites de atuação. Ao fazê-lo, acaba tornando o processo previsível para as partes, protegendo-as das arbitrariedades do juiz, que sem esta previsibilidade, tenderia a agir sem amarras.

O que merece críticas, na realidade, é o formalismo exagerado e inútil, a prevalência da forma pela forma, que desconsidera a verdadeira finalidade do ato e prega sua nulidade em todo e qualquer caso, ainda que este tenha alcançado o seu objetivo, sem causar prejuízo a nenhum dos sujeitos processuais.

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA toca no cerne da questão ao afirmar que, especialmente no Brasil, *“muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão judicial adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do nosso desenvolvimento, ou então a parte insiste em levar às últimas conseqüências as exigências formais do processo”*¹⁵⁵.

Ainda segundo o Professor do Rio Grande do Sul, ao evitar os excessos de uma parte para com a outra, o formalismo acaba servindo como fator de igualação dos contendores, possibilitando que a desejada paridade de armas se torne uma realidade. Sem ele, o contraditório poderia tornar-se uma garantia meramente formal. Por meio de exigências formais é que se torna possível atribuir às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, tornando-as igualmente capazes de influenciar o desenvolvimento do

¹⁵⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo: Panorâmico Doutrinário Mundial*. Salvador: Jus Podvin, 2007, p. 125.

processo e a construção do provimento. Logo, o formalismo é importante aspecto do próprio contraditório¹⁵⁶.

Neste sentido, pode se concluir pela existência de uma íntima relação entre o formalismo e a efetividade e segurança do processo. Sem ele, haveria desordem, confusão e indisciplina, tornando praticamente impossível a solução rápida e eficaz do processo.

O prestígio ao valor da segurança jurídica, no entanto, não deve ser confundido com o positivismo exagerado, que não deixa margem para o acolhimento de qualquer direito não-estatal ou para a realização de justiça sem a benção do legislador. Nas palavras de ALVARO DE OLIVEIRA, *“a manutenção da ordem jurídica só pode ser realizada mediante questionamentos e aperfeiçoamentos, em consonância com a racionalidade, que certamente passa pelo Estado, mas que vai além dele, atenta aos direitos construídos pelo processo histórico”*¹⁵⁷.

Há que se atentar para os riscos de uma supervalorização da segurança jurídica, na medida em que há outros valores prestigiados pelo sistema e um formalismo exacerbado pode acabar inibindo o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

Ao chamar para si o monopólio do poder de composição de conflitos, o Estado assumiu, indubitavelmente, o compromisso com a efetividade do processo. A norma do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não pode ser interpretada literalmente, apenas como uma proibição ao legislador para que não impeça o acesso ao Poder Judiciário.

¹⁵⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, O formalismo-valorativo..., cit., p. 127.

¹⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, O formalismo-valorativo..., cit., p. 133.

Deve ser vista, antes de tudo, como garantidora aos jurisdicionados de que o Estado prestará a tutela jurisdicional efetiva, cuidando para que se garanta a integralidade do direito material violado ou ameaçado.

A efetividade vem ganhando prevalência sobre a segurança jurídica meramente formal. Não se trata, em absoluto, de renegá-la como valor importante ao sistema, mas de se constatar que ela existe para garantir um processo justo e, assim, permitir que se alcance a efetividade dos direitos.

Os órgãos jurisdicionais devem pautar sua atuação orientados para o fato de que a proteção do direito constitucional à tutela efetiva é um mandamento constitucional e, muito provavelmente, o mais importante deles, já que reflete sobre todos os demais direitos e garantias.

É por meio do processo que se realiza a justiça material e, para o alcance deste fim, é possível aceitar a quebra do formalismo e o desprezo à forma em um caso concreto. Contraditório e a fundamentação da decisão judicial funcionarão como elementos indispensáveis à aferição da legitimidade desta atuação. Novamente se recorre às palavras de ALVARO DE OLIVEIRA:

O informalismo só pode ocorrer se atendida a finalidade primacial do processo de realização do direito material, em tempo adequado e preservadas as garantias e direitos fundamentais das partes. E isso porque tal preservação serve ao fim maior da justiça material da decisão, pois é bem possível, por exemplo, que o contraditório venha a demonstrar que a melhor solução não seria aquela imaginada pelo órgão judicial¹⁵⁸.

¹⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, O formalismo-valorativo..., cit., p. 142.

O contraditório poderá, conforme a situação concreta, infirmar ou validar a solução “informal” adotada pelo magistrado. O que importa é que a decisão tomada tenha sido precedida de oportunidade para que as partes colocassem seus argumentos e que seja embasada em fundamentos que levem em consideração os argumentos porventura feitos.

Preservando as garantias das partes, não fica o juiz proibido de adotar solução que flexibilize o formalismo e adapte o rigor formal ao caso concreto, sempre que a forma se erigir em obstáculo à realização da justiça.

O balanceamento entre os princípios e garantias processuais quase nunca é tarefa fácil, mas é cada vez mais atividade necessária para que se garanta a efetividade dos direitos. O que importa, em última análise, é que o sistema dispõe de meios suficientes para que se ultrapasse o formalismo, toda vez que este aparecer como empecilho aos verdadeiros objetivos do processo.

5.9 Preclusão

A garantia de um processo justo não pode prescindir da celeridade e mesmo antes de a garantia a um processo com duração razoável ser consagrada no texto constitucional já existia certo consenso a respeito da necessidade de os litígios serem solucionados em tempo hábil.

A preclusão é uma das várias técnicas que se destinam a evitar a demora injustificada do processo e faz isso estabelecendo limites temporais e lógicos à prática dos atos do procedimento. A razão de ser dos mecanismos preclusivos está no interesse público na simplificação, rapidez e eficiência do processo, já que a técnica enfatiza a separação entre as fases do procedimento e racionaliza a seqüência dos atos processuais¹⁵⁹.

¹⁵⁹ BEDAQUE. *Efetividade...*, cit., p. 128.

A imposição de limites temporais à prática dos atos do processo integra a idéia de devido processo legal¹⁶⁰, já que a resolução rápida do processo está, inegavelmente, entre os objetivos do legislador.

Acontece, porém, que na perspectiva instrumentalista do processo, o instituto da preclusão ganha contornos um pouco diferentes daqueles que normalmente são apontados pela doutrina.

Isso porque não se pode perder de vista que a preclusão – enquanto perda da faculdade de praticar atos processuais – é uma solução atinente à técnica processual. E justamente por dizer respeito à técnica, não deve prevalecer se puder colocar em risco o resultado desejado no plano do direito material.

Irretocáveis as palavras de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE para quem

se for possível verificar que o reconhecimento da preclusão em determinado caso concreto, além de não favorecer a celeridade do processo, irá proporcionar tutela jurisdicional a quem não tem direito a ela, deverá o juiz afastá-la¹⁶¹.

Levando em consideração que a técnica da preclusão visa resguardar os valores da *segurança* e da *celeridade* e aceitando que estes valores não são os mais importantes do processo – com toda certeza não mais importantes que o valor da justiça –, não há porque supervalorizar a técnica pela técnica, deixando em segundo plano o principal objetivo do processo. Nada justifica interpretar as regras processuais com tamanho rigor formal,

¹⁶⁰ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, n. 784, fev. 2001, p. 13.

¹⁶¹ BEDAQUE. *Efetividade...*, cit., p. 130.

comprometendo o resultado pretendido e transformando a técnica em obstáculo¹⁶².

Ao disciplinarem a instrução do processo, as regras de direito processual fixam determinando momentos certos para a propositura, a admissão e a produção dos diversos meios de provas.

Uma concepção formalista de processo pode levar ao entendimento de que superados os momentos previstos em lei não seria mais admissível requerer ou produzir determinado tipo de prova. Já uma visão seriamente comprometida com o ideal do processo justo não pode aceitar que regras preclusivas se erijam em obstáculo intransponível ao alcance daquele fim.

Para RUI PORTANOVA, o art. 130 do CPC é incisivo ao determinar que cabe ao juiz determinar as provas necessárias e, assim, se apresenta como uma norma de sobredireito probatório, afastando o formalismo¹⁶³.

Também HUMBERTO THEODORO JÚNIOR justifica o afastamento das regras preclusivas sempre que necessário para o alcance da verdade, ressaltando que

Ainda que sobre a sua produção [da prova] já exista deliberação no sentido de negar a diligência, nada obsta a que, posteriormente, entenda diversamente o magistrado, ordenando a sua realização. Não há preclusão quanto ao exame da pertinência e necessidade da prova. Sempre que necessária for a

¹⁶² BEDAQUE. *Efetividade...*, cit., p. 130-131.

¹⁶³ PORTANOVA. *Princípios...*, cit., p. 208-209.

prova, em qualquer fase deverá ser ordenada a sua realização, sob pena de afrontar o devido e justo processo legal¹⁶⁴.

O que irá legitimar o afastamento das regras preclusivas é, em última análise, a busca pelo resultado justo do processo, já que não se pode mais simplesmente aceitar um processo apenas formalmente regular. Processo justo que, como já demonstrado, não pode prescindir de um contraditório efetivo entre as partes.

5.10 Teoria das provas: acompanhando a evolução da teoria do processo

O aumento dos poderes do juiz no campo probatório suscita algumas questões peculiares, que demandam análise em tópicos específicos

Ao deduzirem suas pretensões em juízo, os demandantes quase sempre as fundamentam em alegações de fatos, aos quais atribuem serem fonte de algum direito subjetivo. MOACYR AMARAL SANTOS já afirmava que “é com fundamento num fato, e dele extraindo as conseqüências jurídicas, que o autor formula o pedido sobre o qual o juiz irá decidir na sentença”¹⁶⁵.

Do mesmo modo, pode-se sustentar que o réu, ao contestar o pedido, normalmente faz afirmações baseadas em fatos supostamente ocorridos, dos quais pretende extrair outras e diversas conseqüências jurídicas.

Destas constatações decorre a necessidade de os órgãos jurisdicionais emitirem juízo – positivo ou negativo – sobre a ocorrência dos

¹⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Justo: o Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 80, nov. 2009, p. 82.

¹⁶⁵ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5.ed., atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 4, p. 1.

fatos alegados ou sobre o modo como eles ocorreram para, então, subsumi-los às normas existentes e elaborar o provimento que solucionará a lide.

Sempre que houver controvérsia a respeito dos eventos afirmados – uma das partes afirmando ter ocorrido determinado fato, outra negando que isso tenha acontecido ou afirmando ter acontecido de maneira diversa ou, ainda, sustentando ter acontecido outro fato que retira as conseqüências jurídicas do primeiro fato afirmado – a prova do fato passa a ser essencial para o desfecho da demanda.

O juízo de valor sobre a ocorrência ou não dos fatos e sobre o modo como eles realmente aconteceram erige-se, portanto, em premissa básica sobre a qual o juiz irá construir sua decisão. Não basta, portanto, afirmar os fatos. É preciso demonstrá-los e isso acontece, no processo, por meio das provas¹⁶⁶.

A teoria da prova foi inicialmente construída a partir do antigo brocardo *iudex iudicare debet allegata et probata partium*, que expressava a orientação segundo a qual o juiz deveria julgar segundo os fatos alegados e *provados* pelas partes, sendo-lhe defeso fundamentar seu julgamento em fatos não alegados ou cuja prova não tivesse sido feita *pelas partes*.

Com efeito, interpretação literal do aforismo leva à conclusão de que o juiz ficaria proibido de considerar não só os elementos fáticos que as partes não alegaram como também de levar em conta provas não apresentadas por elas.

Segundo esta lição clássica, caberia exclusivamente às partes carrear ao processo as provas de suas alegações, ficando o julgador à espera desta prova para, então proferir, o julgamento. Fato controvertido cuja prova

¹⁶⁶ Segundo EDUARDO CAMBI, “os fatos não são um dado, mas, ao contrário, algo a ser investigado e construído, no processo, a partir do resultado da atividade probatória desenvolvida pelas partes, em colaboração com o juiz, e da valoração a ser atribuída a essas provas” (*Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 52).

deixava de ser feita pelo litigante que o afirmou deveria ser considerado inexistente pelo prolator do julgamento.

Com a evolução das concepções a respeito do processo, notadamente a maior atenção dada a valores como a efetividade e a justeza da decisão, o papel do juiz no que diz respeito à colheita da prova passou a ser revisto.

De início começou-se a admitir que ele mesmo poderia tomar, em caráter excepcional ou subsidiário, medidas visando esclarecimento sobre os fatos afirmados pelos litigantes. Posteriormente, a iniciativa do juiz em matéria de provas passou a ser admitida não apenas excepcionalmente, mas como medida necessária e até mesmo imprescindível ao aprimoramento da prestação jurisdicional.

Natural que diante da evolução da própria concepção de processo, tenha surgido a necessidade de se adequar a estas mudanças a teoria da prova, nada justificando o apego a idéias formalistas que vigoraram incontestáveis no passado.

5.11 Instrução da causa: momento especialmente sensível à desigualdade entre os litigantes

São as partes interessadas que, melhor que qualquer outro sujeito do processo, podem e sabem como demonstrar os fatos afirmados e, normalmente, elas se desincumbem bem desta tarefa. Por conhecerem diretamente os antecedentes e circunstâncias do litígio, são elas que possuem as melhores condições de carrear aos autos os elementos capazes de influir na formação do convencimento do órgão jurisdicional¹⁶⁷. A iniciativa do juiz no campo instrutório, na imensa maioria das vezes, é desnecessária justamente porque as partes conseguem se desincumbir desta tarefa.

¹⁶⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões..., cit., p. 22.

Pode acontecer, no entanto, que uma das partes sustente sua pretensão (ou resistência) na afirmação de um fato que, por algum motivo, não conseguiu demonstrar. Há, então, a necessidade de se estabelecer uma regra de julgamento para hipóteses como esta. A existência da regra de julgamento, no entanto, não significa que o juiz esteja impedido de diligenciar no sentido de apurar se o fato ocorreu da maneira como afirmado ou não.

Não é difícil perceber que um dos principais campos em que a observância de um contraditório no sentido material nos moldes expostos acima se faz necessária é o da colheita de provas.

Trabalhando com a reconstrução de fatos controvertidos (já que os incontroversos carecem de provas), a prova necessária à demonstração do fato afirmado por um dos litigantes pode ser complexa, custosa, de difícil colheita, necessitar de pareceres técnicos e esclarecimentos minuciosos.

Não é difícil perceber, portanto, que se uma das partes conta com recursos e conhecimentos técnicos bem inferiores ao do outro litigante ela poderá enfrentar dificuldades enormes ao tentar reconstruir os fatos complexos sob os quais sustenta sua pretensão¹⁶⁸. E se falhar nesta tarefa, o seu direito subjetivo, ainda que merecedor da tutela jurisdicional, poderá ficar desguarnecido.

O momento da instrução do processo revela-se, assim, uma área especialmente sensível à disparidade de armas entre os litigantes e isso não apenas porque, neste momento, a desigualdade na contenda pode conduzir a

¹⁶⁸ Imagine, por exemplo, a situação em que o juiz determina a realização da prova pericial e somente uma das partes conta com assistente técnico qualificado. Desde a apresentação dos quesitos iniciais até às manifestações sobre o laudo apresentado, a parte que dispõe de assistência técnica sai em manifesta e desproporcional vantagem, já que pode tirar muito mais proveito da prova, ressaltando o que lhe é favorável e mascarando o que não o é. Uma hipótese como esta evidencia que o simples fato de se dispensar o litigante pobre da obrigação de adiantar os custos da perícia a ser realizada não é suficiente para equipará-lo em armas ao outro litigante.

resultados catastróficos para a efetivação do direito material, mas também e principalmente porque a atividade do juiz pode evitar que isso aconteça.

Um juiz consciente de que a aplicação correta do direito material ao caso concreto pode estar em risco *em razão da desigualdade entre os litigantes* pode (e deve) tomar medidas no sentido de minimizar o potencial lesivo desta disparidade aos fins do processo (compôr com justiça o litígio).

A razão de existir do processo judicial, nunca é demais relembrar, é propiciar tutela estatal aos direitos e interesses que estejam ameaçados ou que tenham sido violados. Para aferir se houve realmente a ameaça ou a violação alegadas, os órgãos jurisdicionais devem proceder ao exame dos fatos que se encontram na base do litígio e as provas são o meio necessário para se conhecer estes fatos.

Diante de uma situação como esta, a nomeação de um assistente técnico ao litigante hipossuficiente, por exemplo, com a incumbência de formular quesitos e analisar detalhadamente o laudo pericial, pode se tornar fator decisivo para que o processo se desenvolva como um processo justo.

Também pode servir para evitar injustiça a busca pelo próprio juiz de elementos que comprovem a ocorrência dos fatos alegados e não provados em razão da hipossuficiência. Ao invés de simplesmente considerar que o fato não foi demonstrado - e julgar favoravelmente a quem se beneficia da ausência da prova - o juiz poderá determinar diligências para se certificar, o tanto quanto possível, de que realmente o fato não ocorreu.

O recurso às normas que disciplinam o ônus da prova é providência que deve ter lugar apenas quando os esforços para o esclarecimento e reconstrução dos fatos, tanto das partes quando do juiz, tiverem sido em vão. Nada justifica a inércia judicial neste momento,

principalmente quando se está diante de situações de evidentemente desigualdade entre os litigantes.

5.12 Superação da interpretação tradicional no sentido da excepcionalidade da iniciativa probatória do juiz

BARBOSA MOREIRA já ensinava que para a solução da imensa maioria dos litígios é necessária a apreciação de questões de fato, que chegam aos juízes por intermédio da prova¹⁶⁹. Sendo assim e havendo preocupação em se alcançar um processo justo nos moldes delineados anteriormente, torna-se indispensável superar a tradicional doutrina a respeito da teoria da prova, de modo a adequá-la aos novos valores e princípios que regem o processo civil contemporâneo.

Na tradição do processo de cunho liberal, o modelo ideal de juiz era aquele “neutro, imparcial, equidistante do drama das partes e, por isso, alheio à formação do objeto do processo e à atividade probatória tendente a demonstrar a causa do pedido do autor e da resistência do réu”¹⁷⁰. Em razão da falta de preocupação do processo com a justiça da decisão e do procedimento em si mesmo, o magistrado contentava-se em emitir seu julgamento segundo as provas trazidas pelas partes e somente por elas.

A atividade instrutória era vista como uma tarefa que competia quase que exclusivamente às partes, não apenas por serem elas os sujeitos do processo que conhecem os fatos (e, assim, devem saber como melhor demonstrá-los), mas principalmente para se evitar uma quebra de imparcialidade por parte do juiz, que deveria manter-se equidistante. Ao juiz, reserva-se “o papel de observador distante e impassível da luta entre os

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os Poderes do Juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 93.

¹⁷⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão - Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, out.nov.dez. 1999, p. 10.

litigantes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento para assegurar a observância das 'regras do jogo' e, no fim, proclamar o vencedor"¹⁷¹.

Acontece, no entanto, que nem sempre a decisão de deixar nas mãos das partes toda a responsabilidade pela instrução da causa acaba se revelando uma boa medida. Muitas vezes, o juiz chegava ao momento da decisão completamente desguarnecido de elementos suficientes para a formação do seu convencimento. Como o ordenamento não permitia que ele deixasse de decidir, acabava recorrendo às regras de distribuição do ônus da prova.

A constatação da insuficiência deste sistema probatório, juntamente com a crescente valorização das noções de acesso à justiça, efetividade e processo justo foram a tônica da Ciência Processual a partir da segunda metade do século passado.

Assim, na medida em que o processo foi deixando de ser visto como instrumento de interesse preponderantemente das partes, o papel das partes na instrução do processo deixou de ser visto como algo exclusivo e a atividade judicial nesta seara passou a ser admitida.

Especialmente quando a doutrina processual viu a necessidade de se adequar às concepções do moderno Estado Democrático e Social implantado após a Segunda Guerra Mundial, colocando ênfase nos valores da instrumentalidade e da efetividade do processo, tal modo de se conceber a atividade do juiz – distante, indiferente – tornou-se ultrapassado.

Estabelecido que o processo é indispensável para se concretizar todos os demais direitos e garantias proclamados pelos textos legais e

¹⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. Revista Brasileira de Direito Processual, Uberaba, n. 48, out.-dez. 1985, p. 111.

constitucionais, ele passa a ser encarado não mais como instrumento que interessa apenas aos litigantes. O próprio Estado, é preciso reconhecer, tem grande e justificado interesse em aplicar da melhor maneira possível as normas de direito material, solucionando com justiça o conflito surgido e, para isso, não pode deixar ao alvedrio exclusivo das partes a tarefa de fazer prova dos fatos controvertidos.

A mudança de entendimento, contudo, foi gradual e inicialmente apenas para admitir atividade instrutória do juiz em caráter excepcional e subsidiário.

As resistências a um juiz ativo fundavam-se sobretudo na crença de que um juiz que tomasse iniciativa no campo probatório estaria tendendo a julgar em determinado sentido. LIEBMAN, por exemplo, acreditava que a imparcialidade restava comprometida quando o juiz procurava, ele mesmo, a prova:

[...] e non potendosi dubitare che l'imparzialità del giudice rischia di rimaner compromessa quando egli debba giudicare di una prova da lui stesso prescelta e cercata e per sua iniziativa acquista al processo. Anche per questa parte del suo compito poteri attivi 'non protrebbero essere conferiti direttamente al giudice senza snaturarne la funzione, basata sulla necessaria distinzione psicologica tra l'agire e il giudicare' [...]¹⁷².

A idéia de que um juiz ativo em matéria probatória era parcial arraigou-se de maneira tão forte que nem mesmo a existência de norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro afirmando caber ao juiz, “*de ofício*” ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do

¹⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, v. 15, 1960, p. 561.

processo”¹⁷³, foi capaz de impedir que boa parte da doutrina se posicionasse timidamente a este respeito.

Com efeito, a interpretação tradicional que se deu ao art. 130, do Código de Processo Civil foi no sentido de ser a iniciativa do juiz no campo de instrução probatória meramente suplementar à iniciativa das partes. Assim, caberia ao juiz ver esgotadas todas as oportunidades concedidas às partes, não podendo atuar em caso de omissão das mesmas. Toda iniciativa jurisdicional teria caráter excepcional e somente seria possível em processos que tratassem de conflitos envolvendo direitos indisponíveis.

Muito embora a possibilidade de os juízes tomarem a iniciativa no campo probatório tenha sido reconhecida pela maioria dos Códigos modernos, ainda hoje existem doutrinadores, aqui e no direito estrangeiro, que se opõem a isso, ao simplório argumento de que o dever de imparcialidade não autorizaria tal tipo de postura¹⁷⁴.

Pugnando pelo caráter subsidiário e excepcional da iniciativa do órgão jurisdicional é a lição de LEONARDO GRECO:

“Ao juiz inerte e ao juiz inquisidor deve opor-se o juiz democrático, aquele que é moderadamente ativo nas causas que versam sobre direitos disponíveis, usando das faculdades do art. 130 em caráter subsidiário das partes. Já nas causas que versem sobre direitos indisponíveis - sem buscar uma inatingível verdade real - deve determinar tantas provas quanto sejam necessárias para evitar que uma parte abra mão de direito do qual não pode dispor. O juiz democrático *somente intervém subsidiariamente* na proposição de provas não requeridas pelas partes, somente quando se fizer necessário para assegurar a paridade de armas, suprir a dificuldade de uma delas para

¹⁷³ Art. 130, Código de Processo Civil.

¹⁷⁴ HUMBERTO THEODORO JÚNIOR aponta MONTERO AROCA, na Espanha e FRANCO CIPRIANI, na Itália, como exemplos de vozes hostis ao juiz ativo (O Processo Justo..., cit., p. 79).

exercer seus meios de defesa em razão da inferioridade no acesso a esses meios ou em razão da desídia ou inércia do seu advogado”¹⁷⁵.

O trecho destacado acima contém uma série de equívocos e falsas relações, como se tentará demonstrar adiante. Nem a atividade instrutória do juiz está ligada à natureza – disponível ou indisponível – dos direitos conflituosos, nem tampouco os poderes previstos no art. 130, CPC, devem ser usados de maneira parcimoniosa pelo juiz “democrático”.

Admitir somente em caráter excepcional a atividade probatória do juiz no campo das provas, impedindo-o de buscar, *sponte propria*, os melhores meios de reconstruir os fatos alegados, equivale a afirmar que o juiz não deve se preocupar com o resultado do processo, mas apenas com sua condução formal.

Trata-se, evidentemente, de postura dogmática que não encontra amparo nem no direito positivo, nem tampouco na Ciência Processual contemporânea, comprometida que está com o ideal do processo justo e efetivo.

5.13 O ideal de um “processo justo” como fundamento da iniciativa probatória do juiz

Ao proibir os cidadãos de se valerem das próprias forças para solucionar os litígios, o Estado assumiu o monopólio da função de resolver conflitos (função jurisdicional por excelência). Conseqüência necessária disso é a assunção do dever de prestar a tutela jurisdicional de qualidade, fazendo com que as normas de direito material sejam aplicadas ao litígio, recompondo

¹⁷⁵ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 15, São Paulo: Dialética, n. 15.

o dano sofrido e restaurando a situação do ofendido tanto quanto possível ou, melhor ainda, evitando que o dano se consuma.

Um Direito Processual que se preocupa em ultrapassar a noção de devido processo legal (mera obediência das regras formais) para atingir o plano do processo justo não pode, segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, deixar “o destino do direito subjetivo do litigante à sorte ou ao azar do jogo de técnica formal e da maior agilidade ou esperteza dos contendores, ou de um deles”¹⁷⁶.

Uma vez assentado que existe um interesse público não apenas na resolução do processo, mas principalmente na justeza de sua solução, justifica-se que o juiz contemporâneo deixe de ter uma postura passiva e contemplativa e passe a assumir poderes de iniciativa.

5.14 O princípio dispositivo

A doutrina costuma se referir ao princípio dispositivo sempre que se dedica a discorrer sobre os poderes instrutórios dos juízes. Acontece, no entanto, que o exato significado da expressão “princípio dispositivo” é controverso e, assim, ela costuma ser empregada para expressar coisas diversas.

Quando se fala em princípio dispositivo, costuma-se por em destaque o predomínio da vontade das partes e uma correlata inibição do juiz no campo processual, de modo que a expressão é utilizada para se referir ao poder exclusivo das partes na instauração do processo, na delimitação dos fatos litigiosos, do pedido e do julgamento e, também, na produção de provas.

¹⁷⁶ O Processo Justo..., cit., 73.

Ocorre, contudo, que o chamado princípio dispositivo não foi consagrado pelo Código de Processo Civil de maneira tão ampla. Se por um lado é verdade que a parte tem a iniciativa de instaurar o processo, a partir deste momento passa a existir interesse estatal (público) na justa composição da lide.

Equívoco freqüente é relacionar o princípio dispositivo à natureza disponível ou não do direito material litigioso. Trata-se, contudo, de uma falsa relação, certamente motivada pela semelhança etimológica entre os termos.

A norma processual que confia à parte o monopólio para instauração do processo não é de aplicação restrita aos litígios que envolvem direitos disponíveis, sendo igualmente vedado ao juiz instaurar processo quando o direito controvertido for do tipo indisponível. De se notar que até mesmo a exceção freqüentemente apontada a esta regra geral – o art. 989, que trata da abertura do processo de inventário por iniciativa judicial – tem por principal objeto direitos patrimoniais, de modo que a exclusividade da parte na instauração do processo não pode ser justificada pela índole – disponível ou indisponível – do direito material.

Outra evidência de que é falsa a relação entre o direito disponível e o princípio dispositivo é a regra do art. 460, Código de Processo Civil, que proíbe o juiz de julgar fora ou além do pedido. Isso porque, além da norma não ter aplicação restrita aos casos que envolvem direitos disponíveis, sendo igualmente aplicável aos conflitos que dizem respeito a direitos indisponíveis, também as exceções a ela¹⁷⁷ dizem respeito a interesses nitidamente patrimoniais¹⁷⁸.

¹⁷⁷ A condenação do vencido a arcar com os custos do processo e com os honorários de sucumbência e a incidência da correção monetária não dependem de pedido exposto da parte, podendo ser impostas independentemente de requerimento.

¹⁷⁸ Percebe-se também uma gradual relativização do princípio da congruência entre o pedido e a decisão, com o aumento de casos em que é possível ao órgão jurisdicional decidir fora dos limites do pedido: art. 461, §§ 4º e 5º, CPC, art. 84, §§ 4º e 5º, Código de Defesa do Consumidor.

Não há o menor cabimento em supor que o juiz somente poderia determinar prova de ofício em processos que envolvam direitos indisponíveis ou que estaria proibido de fazê-lo quando o litígio se referir a direitos patrimoniais.

A natureza do direito material disputado não condiciona a participação do juiz, que deve ser intensa o suficiente para permitir que o processo, meio posto à disposição das partes para solucionar seus conflitos, seja justo e coerente. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz poderia se contentar em acolher o que as partes levaram ao processo significa afirmar que o Estado não se importaria com o que se relaciona a direitos disponíveis¹⁷⁹.

Como, no entanto, o Estado assume o dever de compor com justiça tanto os conflitos que dizem respeito a direitos indisponíveis, como também os que envolvem direitos das quais as partes têm poder de disposição, é possível afirmar com segurança que o interesse público na justa solução da lide é ponto comum de todo os tipos de processo. Justifica-se, desta forma, a participação ativa do órgão jurisdicional no esclarecimento dos fatos necessários para o cumprimento de sua função institucional.

Admitir que o juiz tenha a iniciativa probatória, no entanto, não significa aceitar que o mesmo possa agir de maneira contrária às presunções legais.

Como a lei estabelece que compete ao réu, na contestação, manifestar-se sobre todos os fatos narrados na inicial, impugnando-os precisamente, sob pena de se presumirem verdadeiros os que não forem impugnados pelo réu, não é permitido o juiz, *como regra geral*, desconsiderar a

¹⁷⁹ Cf. MARINONI e ARENHART, *Manual...*, cit., p. 40.

presunção legal e tomar a iniciativa em busca de provas que possam afastar tal presunção.

Se a falta de impugnação específica de todos os fatos for decorrência de uma defesa tecnicamente deficiente, entretanto, nada impede que o órgão jurisdicional determine a prova do fato não impugnado. Cabe-lhe, contudo, motivar sua decisão de maneira convincente, expondo de maneira racional os motivos pelos quais entende que a presunção deve ser afastada e o fato não impugnado merece demonstração.

Conclui-se, assim, que dada à equivocidade que cerca a expressão “princípio dispositivo”, ela deve ser reservada para se referir apenas aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. Quando se tratar de litígio a respeito de direito disponível, confere-se às partes ampla liberdade para dele dispor – por meio de renúncia, desistência ou reconhecimento da procedência do pedido – sem que o juiz possa opor-se a isso, justamente em razão da natureza do direito material em questão. Tem-se, aí, uma manifestação do princípio dispositivo, que é ligado à relação material, não à processual¹⁸⁰.

Outras limitações à atividade do juiz – como a impossibilidade de ele dar início ao processo ou de decidir fora do pedido – não decorrem da natureza do direito substancial. O monopólio da parte neste campo independe da natureza do direito litigioso.

5.15 Uma significativa mudança de opinião

Uma vez iniciado o processo, seu modo, ritmo e impulso não dependem apenas do modo como as partes passam a agir, já que são, pelo menos em grande parte, disciplinados por normas legais cogentes. Não cabe

¹⁸⁰ Neste sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3.ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001, p. 90.

ao autor e ao réu a direção formal do processo. Não se concebe mais um processo liberal como o do século XIX, cujo andamento sujeitava-se à exclusiva vontade dos litigantes. Os poderes de direção que hoje são confiados ao juiz são reforçados, de modo que, ainda que as partes possam dispor de seus direitos, não possuem nenhum poder de disposição sobre o poder do juiz de averiguar o fato.

As partes colaboram com o juiz na instrução da causa, mas é deste, e sempre, a responsabilidade pela marcha do processo, mesmo quando o direito controverso for disponível.

A estrutura do processo não se altera pela natureza do direito. A idéia de sua estrutura interna sob o domínio das partes, especialmente quanto à colheita de provas, é rejeitada pela moderna ciência processual, pois ligada a concepções privatistas do direito processual, há muito ultrapassadas. Logo, ainda que seja privada a relação material subjacente ao conflito trazido em juízo, há inegável interesse do Estado em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor forma possível. Se o pedido de tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é. Por tudo isso, a denominação “princípio dispositivo” deve ser reservada para indicar as limitações que são impostas ao juiz em razão da disponibilidade do direito¹⁸¹.

Não por outra razão as resistências a um juiz mais ativo vêm perdendo espaço. O incremento da atividade probatória dos juízes é tendência que pode ser constada até mesmo em países afiliados ao sistema de *Common Law* e em que vigora o tradicional *adversary system*, no qual toda a iniciativa processual, especialmente a probatória, é atribuída às partes¹⁸².

¹⁸¹ BEDAQUE, *Poderes...*, cit., p. 92-93.

¹⁸² Cf. MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 2-3.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR vai além de constatar a evolução do entendimento doutrinário a respeito do tema, e chega a admitir ter mudado de opinião:

Antiga doutrina, prestigiada nas edições anteriores deste curso, encontrava no ônus da prova um empecilho a que o juiz tomasse a iniciativa de promover a prova não diligenciada oportunamente pela parte interessada. Apenas nos estados de perplexidade entre elementos de convicção conflitantes, já existentes nos autos, é que se admitia o juiz, de ofício, determinar a produção de provas.

A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como processo justo, conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova - cujas regras atuam na fase final de julgamento da lide e não durante a coleta dos elementos de instrução da causa - prevalece o comprometimento com a verdade real.

Assim, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade material. Como entende Fritz Baur “antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em caso de necessidade, a colher de ofício as provas existentes”. Essa *ativização* do juiz visa não apenas a propiciar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma “assistência judicial”. No entender do professor, “não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz, sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis”¹⁸³.

¹⁸³ THEODORO JÚNIOR, *Curso...*, cit., p. 428.

Como se pode depreender da lição de FRITZ BAUR, citado por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a iniciativa probatória do juiz tem íntima ligação com a idéia de assistência judicial e, assim, com a de um contraditório no sentido material.

Novamente vale recorrer ao professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

A antiga noção de assistência judiciária aos economicamente desvalidos foi substituída pela nova garantia de assistência jurídica a qualquer tipo de necessitado, de maneira que, para tal fim, “são necessitados não apenas os hipossuficientes econômicos, mas também os hipossuficientes jurídicos”¹⁸⁴.

Um juiz ativo pode (e deve) evitar que o desconhecimento do direito, a deficiência da assistência legal e a equivocada avaliação dos fatos sejam fatores decisivos para que o processo chegue a seu termo com um provimento jurisdicional injusto, que não faça efetivo o direito material positivado.

Realmente, o princípio da igualdade, antes erigido como obstáculo a esta iniciativa, hoje é visto como justificativa jurídica e legitimadora de tal tipo de atitude. Eis o que dizem, por exemplo, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

No que diz respeito à participação do juiz na busca da “verdade”, é mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a “verdade” dos fatos seja construída

¹⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, O Processo Justo..., Revista Dialética, cit., p. 78,

indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz¹⁸⁵.

5.16 O mito da imparcialidade como obstáculo ao exercício dos poderes instrutórios pelo juiz

Um dos obstáculos mais comumente erigidos pela doutrina ao ativismo judicial na colheita de provas era o risco de quebra do dever de imparcialidade. Argumentava-se que o juiz, ao tomar a iniciativa na busca da elucidação de um fato que, segundo as regras de distribuição do ônus da prova, competia a uma das partes, poderia ficar inconscientemente vinculado a determinado resultado.

Hoje, no entanto, reconhece-se o que sempre foi óbvio: o princípio da imparcialidade não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Isso porque, a parcialidade pode se dar de forma passiva, como por exemplo se o juiz, sabendo da necessidade de uma prova, da possibilidade de produzi-la ou da deficiência da representação legal de uma das partes, julga como se o fato que deveria ser por ela demonstrado não tivesse sido provado.

É sempre o princípio do contraditório, desenhado segundo as luzes do princípio da igualdade substancial, que sai fortalecido por essa participação ativa do juiz, uma vez que também é evidente que não bastam oportunidades iguais àqueles que são substancialmente desiguais.

Dizer que o juiz, ao determinar uma prova de ofício, poderia estar inconscientemente comprometido com a procedência da demanda, é uma ilação perigosa e desprovida de fundamento. Ainda que, em tese, se possa admitir a existência de tal risco, se tal poder não for conferido ao juiz, muitos

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

casos concretos poderão ficar sem a justa solução. A verdade é que não deve haver diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte que tenha razão.

A idéia de se possibilitar um processo em que a parte menos hábil, culta ou desprovida de recursos possa encontrar-se em pé de igualdade material com o adversário justifica e impõe uma participação mais ativa do juiz. A ele deve ser confiada não apenas a direção meramente formal do processo, mas uma direção efetiva, especialmente no que diz respeito à investigação dos fatos.

Ao criticar a postura passiva do juiz brasileiro em matéria probatória, BARBOSA MOREIRA vai fundo no cerne da questão afirmando que, entre as razões para esta passividade

há a influência de certa mentalidade, que sob color de zelo em preservar a imparcialidade do juiz, preconiza uma espécie de 'distanciamento', capaz de confundir-se, sem grande dificuldade, com a mais gélida indiferença pelo curso e pelo resultado do pleito. Para refutar semelhante tese, no que contenha de sincera convicção doutrinária, bastará pôr em evidência a distinção entre dois fenômenos. Uma coisa é proceder o juiz, movido por interesses ou sentimentos pessoais de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz movido pela consciência de sua liberdade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude obviamente repugna ao ordenamento jurídico; a segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença para o juiz, entre querer que o processo conduza a resultado justo e querer que vença a parte que tenha razão. Em tal sentido, nem sequer é exato dizer que o juiz deve ser 'neutro', para quem 'tanto' faz que se realize ou não se realize justiça, quando este é um

cuidado que deve estar presente, do primeiro ao último momento em seu espírito¹⁸⁶.

Como o processo nada mais é do que instrumento para o exercício da função jurisdicional do Estado, o interesse público na justiça da decisão exige que o juiz só sentencie quando formado o seu convencimento, tanto quanto possível com a verdade dos fatos. Por isto compete-lhe investigá-los, *ex officio*, juntamente com as partes. Relacionar a iniciativa probatória do juiz com a natureza (disponível ou não) do direito litigioso seria admitir que o juiz não necessita ser imparcial em todas as classes de processo, já que em algumas se reconhece pacificamente a legitimidade das iniciativas probatórias oficiais, como no processo penal¹⁸⁷.

Outro argumento que refuta a correlação entre parcialidade e iniciativa probatória é o de que, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não pode prever com certeza qual será o seu resultado. Mais uma vez, BARBOSA MOREIRA é preciso:

Claro está que, realizada a prova por iniciativa do juiz, o respectivo resultado por força aproveitará, no todo ou em parte, a algum dos litigantes: do contrário, haveria sido improfícua a diligência, e nem valeria a pena tê-la levado a cabo... Mas, no instante em que o órgão judicial a determina, normalmente não lhe é possível prever (melhor: adivinhar) o que dela resultará¹⁸⁸.

Na verdade, quem se beneficiará da diligência ordenada *ex officio* pelo juiz será sempre a parte que, à luz do direito material, tem razão. Como é do interesse do Estado que se faça justiça, a iniciativa não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade.

¹⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, jul./set. 1993, p. 35.

¹⁸⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba. Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 80.

¹⁸⁸ Cf. BARBOSA MOREIRA. Reflexões..., cit., p. 23.

O dever de motivação das decisões judiciais, o eventual reexame da decisão em segundo grau e a realização da prova determinada *ex officio* em observância ao contraditório permitem controle de eventuais desvios da conduta do juiz.

Além do mais, não se pode, contudo, raciocinar pelo desvio, presumindo a má-fé do órgão jurisdicional. A postura ativa do juiz em matéria probatória tem inegável potencial para proporcionar a apuração mais completa dos fatos. Se a reconstituição dos fatos determinada de ofício vem a beneficiar quem tem razão, não há nisso quebra do dever de imparcialidade. A melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz é submeter sua atividade ao contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões. O respeito ao contraditório, comunicando aos interessados a realização da diligência e permitindo-lhes presenciá-la, é condição de validade de qualquer prova.

Não se deve confundir, outrossim, o dever de imparcialidade do juiz com a passividade do julgador no desenvolvimento do processo. Juiz imparcial é o que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para manter a imparcialidade, basta que o juiz se limite ao exame objetivo da matéria fática, reproduzida nos autos por meio das provas, não importando quem as tenha trazido. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos.

Neutralidade e imparcialidade, como já destacado anteriormente, são coisas distintas: nada impede que o juiz seja neutro e parcial, basta que essa neutralidade, essa omissão quanto ao exercício de poderes processuais,

beneficie a parte que pretenda obter vantagens indevidas desse comportamento¹⁸⁹.

O juiz personifica o Estado ao realizar a prestação jurisdicional, não podendo se colocar de modo indiferente ao resultado de sua atividade. Desde que o legislador assegure às partes o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, influenciando no seu conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do juiz no processo¹⁹⁰.

Um juiz que, sabedor da necessidade de uma prova, deixa de determiná-la de ofício e contenta-se em julgar com base nas regras do ônus da prova é que deveria receber a pecha de parcial, nunca o que a determina.

No rigor da lógica, a censura que caberia a um juiz porque a prova colhida em razão de sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, também cabe ao juiz que se omite, já que a falta da prova certamente favorecerá a outra parte¹⁹¹.

5.17 O significado das regras a respeito do “ônus da prova”

Outro argumento que comumente costuma se colocar para refutar a iniciativa judicial no campo probatório é o fato de que o Código de Processo Civil traz normas repartindo entre as partes o ônus da prova, de modo que a parte que não se desincumbir de tal ônus deveria suportar as conseqüências deste fato.

Regras como a do art. 333 do Código de Processo Civil, contudo, devem ser encaradas como normas de julgamento, que indicam ao juiz como julgar quando os fatos afirmados não restaram provados.

¹⁸⁹ BEDAQUE, *Poderes...*, cit., p. 114.

¹⁹⁰ BEDAQUE, *Poderes...*, cit., p. 78.

¹⁹¹ BARBOSA MOREIRA. *Reflexões...*, cit., p. 23-24.

Com efeito, é possível imaginar que o réu prove fatos afirmados pelo autor, e não apenas os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito daquele. Da mesma forma, o autor pode vir a provar um destes fatos e não somente os constitutivos de seu direito. Carreada a prova aos autos, pouco importa se isso se deu pelo autor, pelo réu ou por iniciativa do juiz: a prova produzirá os mesmíssimos efeitos.

Desta maneira, portanto, o ônus da prova é mera regra de julgamento que deverá ser observada somente quando se constatar que a prova não foi produzida e o processo chegou ao momento do julgamento sem que o juiz pudesse formular uma opinião segura a respeito dos fatos ocorridos. Nesta hipótese, evidentemente indesejada, o magistrado deverá julgar de maneira contrária à parte a quem competia provar o fato e não o fez.

A razão de existir de normas como a do artigo 333, Código de Processo Civil é facilmente explicável, já que o direito não pode deixar o juiz totalmente desamparado. O *in dubio pro reo* exerce a mesma função no campo do processo penal: oferecer aos magistrados uma solução a ser adotada no caso de insuficiência de provas.

A regra de julgamento, vale frisar, deve ser adotada somente se depois de esgotadas todas tentativas – até mesmo as decorrentes da iniciativa judicial – o fato restar improvado. Sua existência se justifica porque mesmo em procedimentos do tipo inquisitivos, em que não se põe limites à atuação do juiz, é possível que o processo chegue a este impasse (fato não provado) e o juiz necessita de uma indicação sobre a maneira de decidir.

O maior ativismo judicial não implica restrição à participação das partes, nem elimina a necessidade de sua participação. Sendo elas os sujeitos processuais que melhor conhecem os fatos em que embasam sua pretensão, devem ser estimuladas a instruir o processo. Daí se reafirmar a excepcionalidade de incidência da regra de julgamento.

O incremento do poder instrutório do juiz pode levar à diminuição dos casos de aplicação da norma de julgamento e nada há de errado nisso. Com efeito, quando se chega em uma situação que o magistrado se vê compelido a valer-se do art. 333 Código de Processo Civil, está-se diante de algo indesejado: julgamento sem prova dos fatos.

Mais uma vez recorre-se à lição de BARBOSA MOREIRA para reafirmar que o recurso à regra de julgamento é algo indesejado e que deve ser evitado:

Mas, para o juiz escrupuloso, empenhado em decidir corretamente, constitui autêntico drama psicológico ser forçado a valer-se dessa tábua de salvação. Quase inevitável que o assuste a idéia de, ao sentenciar, estar disparando um tiro no escuro. Muito preferível, para ele e sobretudo para a Justiça, é que venham aos autos provas suficientes – e, não o sendo as produzidas pelas partes, que ele mesmo, na medida de suas possibilidades, trate de buscá-las¹⁹².

Por tudo isso, natural e desejável que o sistema evolua para que o recurso às regras de repartição do ônus da prova ocorra com frequência cada vez menor.

5.18 O artigo 130, Código de Processo Civil como norma geral

A regra do art. 130, CPC, estatui princípio, do qual as regras particulares a respeito (como o art. 342), devem ser consideradas meramente explicitantes. Ao afirmar caber ao juiz, “de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo”, a norma deveria ser tomada como uma norma de abertura do sistema probatório, não

¹⁹² BARBOSA MOREIRA. Reflexões..., cit., p. 23.

se justificando as resistências tradicionalmente opostas à iniciativa judicial neste campo.

Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados, não em relação aos meios de prova. E não se trata de atividade meramente supletiva, pois o juiz deve atuar de forma dinâmica, visando a trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material. Ao menos em princípio, os limites da demanda não podem ser ampliados de ofício (art. 128 e 460, CPC), mas se nem mesmo a regra da correlação ou congruência constitui dogma inafastável¹⁹³, nada justifica encarar desta maneira a iniciativa judicial.

Na realidade, a iniciativa probatória do juiz é amplíssima, podendo até mesmo ser exercitada contra a vontade das partes. Assim, ainda que autor e réu requeiram o julgamento antecipado da lide, nem por isso o magistrado irá fazê-lo se entender necessária a produção de provas. Seu compromisso maior é com a realização da justiça.

5.19 Verdade formal e verdade real

Costuma-se afirmar, com frequência, que o processo civil, sempre que se tratar de direitos disponíveis, o juiz poderia satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a colher o que as partes levam ao processo. Nas causas penais, o fenômeno seria o inverso e só excepcionalmente o juiz penal poderia satisfazer-se com a verdade formal.

Antes de tudo deve-se destacar a própria relatividade da obtenção da verdade, pois ela não constitui um fim em si mesmo, mas simples meio para aplicação do direito ao caso concreto.

¹⁹³ Vide art. 7º, Lei 8.560/92 que contempla hipótese de julgamento ultra petita.

Sendo proibida a decisão de *non liquet* (art. 126, CPC), o juiz, com prova ou sem ela, tem o poder dever de julgar, entrando em cena as regras de julgamento relativas ao ônus da prova, nem sempre com exata correspondência na realidade dos fatos. A verdade processual é sempre relativa e sempre, em certa medida, formalizada. O conceito de verdade formal não implica um grau menor de verossimilhança em comparação com o de verdade material, mas sim na satisfação da ordem jurídica pelo resultado obtido.

O juiz forma sua convicção sempre com a verdade possível. Quando se diz que um fato é verdadeiro, quer isto dizer que o fato alcançou o grau máximo de verossimilhança, bastante para dar ao julgador a certeza subjetiva de que ele aconteceu. Até para o mais rigoroso juiz vale o limite da relatividade, próprio da natureza humana. Há objeções à idéia de verossimilhança, sobretudo no processo penal, já que em virtude da presunção de inocência do réu, não se pode conceber uma condenação com base na simples aparência da verdade¹⁹⁴.

5.20 O princípio da cooperação entre os sujeitos processuais

A partir do momento que o processo deixa de ser concebido simplesmente como instrumento para realização da vontade concreta da lei e passa a ser compreendido como mecanismo de composição de conflitos, destinado à realização da justiça e à obtenção da paz social, o papel do juiz passa a ser redesenhado, com o reforço de seus poderes de modo a permitir uma atuação mais ativa no processo.

Mas não só o juiz teve suas funções reelaboradas. O papel das partes também passou por importante revisão e autor e réu deixaram de ser vistos apenas como litigantes imersos num conflito, passando a ser

¹⁹⁴ MATTOS, *Da iniciativa...*, cit., p. 18-19.

considerados agentes colaboradores do Poder Judiciário para a descoberta da verdade e o alcance de resultados justos.

Segundo HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, a razão disto está em que,

“nesse processo moderno, o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua. Todos agem, assim, em direção ao escopo de cumprir os desígnios máximos da pacificação social. A eliminação de litígios, de maneira legal e justa, é do interesse tanto dos litigantes como de toda a comunidade. O juiz, operando pela sociedade como um todo, tem até mesmo interesse público maior na boa atuação jurisdicional e na justiça e efetividade do provimento com que se compõe o litígio”¹⁹⁵.

O processo passa a ser encarado como o resultado da colaboração entre as partes e o juiz. A cada sujeito processual é designada uma função específica dentro do processo e esta função deve ser cumprida da melhor forma possível, para que, ao final, seja alcançado o objetivo comum que é o provimento jurisdicional adequado¹⁹⁶.

Em decorrência deste princípio da cooperação entre os sujeitos processuais, as partes têm o dever de *“conducirse en el proceso con lealtad, probidad y buena fe, en el deber de colaborar entre sí para desentrañar la verdad de los hechos y en el deber de cooperación con el órgano jurisdiccional para averiguar cómo ocurrieron los hechos para que éste pueda dictar una sentencia justa”*¹⁹⁷.

¹⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Presunção Legal e o Princípio da Verdade Real*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=752>. Acesso em: 29 jan. 2011.

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. O princípio da colaboração: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, set. 2005, p. 76.

¹⁹⁷ AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori [coord.]. 1.ed. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 141.

Inegável que o diálogo constante das partes com o julgador possibilita o esclarecimento e a prova das suas alegações, constituindo-se, assim, em pressuposto de um processo justo e efetivo.

Cabe ao juiz não apenas conduzir o debate processual, estabelecendo um diálogo entre as partes e zelando pelo seu equilíbrio, mas também o dever de esclarecer junto a elas as dúvidas eventualmente existentes no tocante às suas alegações, pedidos e posições. E também o dever de consultá-las a respeito das questões a serem decididas, assegurando um contraditório efetivo e evitando surpresas indesejadas.

A íntima relação entre o princípio do contraditório e o dever de colaboração das partes fica evidenciada no projeto do novo Código de Processo Civil, cujo artigo 5º, além de explicitar o direito das partes de participar ativamente do processo, relaciona esta participação ativa à cooperação com o juiz¹⁹⁸.

5.21 Contraditório como fator legitimador da atividade judicial

O principal indicador da legitimidade da atuação do magistrado será o contraditório. A garantia do contraditório significa que a ambas as partes devem ser dadas iguais oportunidades de pleitear a produção de provas, sendo inadmissível que na estruturação do procedimento qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter ao juiz a indicação dos meios de prova que pretende valer-se.

As partes devem ser sempre comunicadas pelo juiz a respeito da realização de quaisquer atos instrutórios e deles poderão participar. Peças insertas nos autos em decorrência da iniciativa oficial terão de submeter-se à

¹⁹⁸ Art. 5º. As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

crítica dos litigantes. A iniciativa probatória do juiz e a regra do contraditório não são incompatíveis, pois o material obtido com a iniciativa submete-se ao contraditório.

O Superior Tribunal de Justiça já se valia do contraditório como balizador da iniciativa instrutória judicial como se infere da seguinte ementa de acórdão relatado pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório¹⁹⁹.

É justamente o fiel respeito ao contraditório, somado ao dever de fundamentação das decisões judiciais, que assegurarão o não comprometimento da imparcialidade do juiz com a assunção de meios de prova. O contraditório constituir-se-á, portanto, em um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz.

O correto manejo dos poderes instrutórios do juiz, antes que revelar quebra da isonomia, pode ajudar no abrandamento da desigualdade entre as partes, garantindo o contraditório equilibrado e efetivo dos litigantes. Longe de excluir o contraditório, a iniciativa garante sua efetividade e contribui, ainda que indiretamente, para abrandar a desigualdade entre as partes.

A atitude do juiz curioso diante dos fatos a apurar constitui fator de boa instrução do processo e, portanto, elemento positivo quanto à efetividade dos resultados institucionais. A necessidade de resguardar a

¹⁹⁹ REsp 43.467/MG, 4ª Turma, DJ 18.03.96.

imparcialidade do juiz não justifica, ao menos em tese, a limitação a seus poderes instrutórios. A ruptura do imobilismo judicial em matéria de prova é decisiva para a efetividade do processo. Tanto mais efetivo será o processo quando maior for a participação do juiz²⁰⁰.

5.22 Muito além do processo

5.22.1 Poder privado

Questão de grande repercussão cujo debate na doutrina brasileira ainda se mostra incipiente é a eficácia dos direitos e garantias fundamentais sobre as relações de direito privado.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que existem duas linhas de pensamento. A primeira que defende a eficácia mediata ou indireta, acaba por negar a força daqueles direitos nas relações entre particulares, ao condicionar sua aplicabilidade à existência de norma infraconstitucional. Já a segunda proclama a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem exigir a intermediação de outras normas.

Não há como negar que diversas outras instituições, além do Estado, constituem-se em pólos de poder, no sentido de que são capazes de decidir imperativamente e impor suas decisões perante terceiros, o que traz implícita alusão à sanção²⁰¹. Basta pensar nas empresas, sindicatos, partidos políticos e associações para se constatar que o Estado não é o único detentor do poder.

Em que se fundamenta este poder privado? Se suas manifestações são capazes de impor decisões, atingindo a esfera jurídica de terceiros, ele estaria imune a todo o tipo de controle? Quais os parâmetros que devem ser

²⁰⁰ MATTOS, *Da iniciativa...*, cit., p. 94.

²⁰¹ Cf. DINAMARCO. *Instrumentalidade...*, cit., p. 87-88.

observados para considerar legítimo o uso deste poder? Como os direitos fundamentais atuam sobre estas relações?

São questões tormentosas, cujas respostas fogem do objetivo, reconhecidamente modesto, deste trabalho. Não se pode, contudo, deixar de, nesta oportunidade, tecer algumas considerações sobre a reconhecida projeção de efeitos do contraditório para além do processo jurisdicional.

Quando presente o exercício de poder nas relações entre particulares, os direitos fundamentais não podem ficar restritos à relação indivíduo-Estado.

O grupo privado, que surge ao lado e dentro do Estado, seja ele de qualquer natureza organizativa (megagrupos, empresa, associações, partidos políticos etc.), tem de ser tratado, sob esses aspectos, como se fosse a administração pública no interesse da coletividade²⁰².

5.22.2 Direitos fundamentais como mandamentos de otimização

Os direitos fundamentais, para os fins deste trabalho, são tomados como princípios no mesmo sentido utilizado na tese de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA:

Princípios são, no sentido usado como base deste estudo, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Se esta definição está correta e, além disso, se se leva a idéia de otimização a sério, a decorrência automática é a fundamentação de toda e qualquer expansão na eficácia dos direitos fundamentais que fomente a sua realização. Nesse sentido, é possível inferir dos direitos fundamentais também direitos à

²⁰² MACIEL JÚNIOR, João Bosco. *Aplicabilidade do contraditório nas relações particulares*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

proteção contra eventuais violações por parte de terceiros, pois a liberdade de expressão, o direito de associação, a privacidade, a liberdade de informação, a liberdade religiosa, entre outros, são realizáveis em maior medida se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros²⁰³.

Sendo os princípios verdadeiros mandamentos de otimização, eles podem limitar o poder privado de impor decisões com repercussão na esfera de terceiros, tutelando adequadamente o direito de defesa nas relações entre particulares²⁰⁴.

No que diz respeito ao contraditório em particular, defende-se aqui a idéia de que ele confere proteção aos direitos subjetivos e deve, sempre que possível e mesmo fora do processo judicial ou administrativo, ser observado em todas as suas facetas. Em outras palavras, o contraditório deve limitar o poder de impor decisões, seja este poder exercido pelo Estado, seja por particulares.

JOÃO BOSCO MACIEL JÚNIOR é enfático ao defender que

o contraditório tem incidência em todas as relações privadas, em todos os cantos deste país, independentemente de legislação infraconstitucional que regule os direitos fundamentais processuais, desde que haja exercício ilegítimo de poder. Em todas as relações privadas permeadas pela desigualdade, entendida aqui como resultado ocasionado pelo desequilíbrio do excesso de poder privado, nas formações sociais, deve vigorar a garantia da participação-cooperação, ou seja, do princípio do contraditório²⁰⁵.

²⁰³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146.

²⁰⁴ Neste sentido, cf. MACIEL JÚNIOR. *Aplicabilidade...*, cit., p. 56.

²⁰⁵ Op. cit., p. 62.

O autor cita ainda parecer inédito de ADA PELLEGRINI GRINOVER que não admite fronteiras para a aplicabilidade do princípio:

Mas, se é certo, como acima indicado, que o exercício do poder não se limita ao Estado (Judiciário ou Administração), na medida em que também outras moléculas da sociedade têm aquela capacidade de editar decisões que repercutem na esfera jurídica de outras pessoas, então é rigorosamente certo que a garantia do contraditório há que ser exercida e observada igualmente fora dos limites estatais, sempre que se tratar de ato que, direito ou mesmo de fato, se imponha a certas pessoas, com aptidão a interferir em sua esfera jurídica ou patrimonial²⁰⁶.

Em estudo dedicado ao Direito Societário, SÉRGIO BOTREL chega a conclusão semelhante. Depois de admitir que condutas de acionistas podem colocar em risco a continuidade da empresa e que sua preservação coincide com a salvaguarda de dois direitos fundamentais – livre iniciativa e livre associação –, o autor arremata:

Acrescente-se, ademais, que, da mesma maneira que a teoria dos direitos fundamentais confere subsídio para a exclusão do acionista que coloca em risco a empresa, a legitimidade subordina-se não só aos critérios propostos pela doutrina, mas também à observância de determinados parâmetros fixados diretamente por normas constitucionais.

O direito ao contraditório e à ampla defesa, por exemplo, devem ser garantidos ao acionista cuja exclusão se persegue, ainda que a exclusão ocorra pela via extrajudicial, hipótese possível quando prevista cláusula resolutória no estatuto social. Desse modo, é necessária a concessão de oportunidade ao acionista de produzir provas de que as alegações em que se funda a

²⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer inédito sobre testes comparativos. Apud MACIEL JÚNIOR, *Aplicabilidade...*, cit., p. 41-42.

pretensão de exclusão são infundadas, impondo-se a convocação de assembléia geral especialmente para esse fim, observada uma antecedência mínima compatível com a complexidade das acusações, de maneira a possibilitar que o acusado possa, efetivamente, exercer as garantias constitucionais em tela. A não observância a esses parâmetros constitucionais contamina a legitimidade da medida excepcional da exclusão, possibilitando a declaração de sua nulidade”²⁰⁷.

5.23 Contraditório pleno nas relações privadas

Desnecessário dizer que o contraditório cuja aplicação às relações privadas aqui se defende deve ser plenamente garantido, em todas as suas dimensões apontadas para o processo jurisdicional.

Comporta, por óbvio, o direito à prova, como muito bem sustentou ADA PELLEGRINI GRINOVER no parecer inédito já mencionado anteriormente e multicitado por JOÃO BOSCO MACIEL JÚNIOR. O caso que motivou este parecer dizia respeito a testes comparativos entre marcas de molho de tomate realizados por determinada associação de defesa do consumidor. Os resultados daqueles testes são potencialmente capazes de repercutir negativamente na esfera jurídica das empresas, sujeitando-as a diversos tipos de reprimendas e, por isso, a aquisição das amostras em supermercado e a realização dos testes sem que os fabricantes fossem previamente intimados da sua realização seriam ilegítimas.

O direito à prova é expressão do direito ao contraditório – “direito de contradizer provando”, na feliz expressão de ADA PELLEGRINI

²⁰⁷ BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 119-120.

GRINOVER²⁰⁸ - e compreende, por sua vez, o direito de participar da colheita da prova, sendo ilícita a prova obtida sem ciência da parte que pode ser por ela prejudicada. Vale dizer que a observância do contraditório é, nesta ótica, condição de eficácia da prova.

Ainda como expressão do contraditório – direito de ter suas razões consideradas – a fundamentação da decisão de exclusão proferida pela assembléia geral é elemento indispensável à sua legitimidade. A falta de fundamentação adequada revela que o contraditório deixou de ser observado em um de seus aspectos fundamentais e torna a decisão passível de ser anulada pelo Poder Judiciário.

Assim, a decisão de exclusão só será legítima se comprovadas sua adequação, necessidade e proporcionalidade. E se o prejudicado pela decisão tiver tido a oportunidade de demonstrar que a decisão não reunia essas características. E, por fim, se a decisão que rejeita os argumentos do excluído, expuser fundamentos lógicos e racionais para tanto.

5.24 A tomada de posição do Supremo Tribunal Federal

A discussão a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, como não poderia deixar de acontecer, chegou ao Supremo Tribunal Federal, tendo a Corte a oportunidade de se manifestar a respeito por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819/RJ.

Naquele processo discutia-se a legitimidade da exclusão de um associado do quadro social de uma sociedade civil sem fins lucrativos. A relatora, Ministra Ellen Gracie, depois de afirmar que as associações privadas têm plena liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento, considerou que a exclusão do sócio resolve-se na forma do

²⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 54.

estatuto social, “sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição”, deu provimento ao recurso extraordinário e reformou o acórdão do tribunal *a quo* que havia anulado o ato de exclusão, por ter considerado, com base nas circunstâncias fáticas do caso, violado o direito de ampla defesa.

Em resumo, para a relatora, bastaria a obediência ao estatuto – de resto afirmada pelo acórdão recorrido, que considerou as normas estatutárias cerceadoras da ampla defesa – para se conferir legitimidade ao ato.

O Ministro Gilmar Mendes abriu divergência e proferiu um voto minucioso no sentido de se prestigiar o mandamento de otimização dos direitos fundamentais, afastando a tese da autonomia absoluta do estatuto da sociedade.

O fato de seu voto ter sido seguido pela maioria dos componentes da turma permite prever um futuro promissor para as idéias aqui defendidas.

6 CONCLUSÕES

No período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, os Estados Democráticos passaram a contemplar, em suas constituições, garantias relacionadas ao processo, firmes em que o direito de acesso efetivo à justiça é um direito fundamental de capital importância, cujo exercício é imprescindível para se tutelar todos os demais direitos, quando estes sofrerem, ou estiverem na iminência de sofrer algum tipo de lesão.

Não apenas no plano constitucional o direito de acesso à justiça e seus consectários restaram garantidos. Também os mais importantes tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos dedicaram artigos e cláusulas para proclamá-lo como direito fundamental.

Sem o acesso à justiça efetivo, os demais direitos subjetivos garantidos no ordenamento jurídico correriam o risco de se tornarem meras declarações, já que a autotutela é proibida e eles não desfrutam, na prática, da proteção estatal.

Embora as dificuldades em se conceituar a garantia do devido processo legal pareçam insuperáveis, reconhece-se que se trata mais do que simplesmente o direito da pessoa de só ser privada de seus bens ou de sua liberdade após a realização de um processo realizado com respeito às demais garantias processuais (juiz natural, imparcial, contraditório, ampla defesa, motivação das decisões judiciais etc). Trata-se, mais do que isso, de um superprincípio que delimita e coordena todos os demais.

As garantias constitucionais relacionadas ao processo fundam-se em princípios de direito natural e nos valores reconhecidos por todas as democracias ocidentais, como a justiça e a dignidade da pessoa humana.

Essa constatação teve fundamental importância para que a expressão devido processo legal, hoje em dia, cedesse lugar à expressão processo justo, que sintetiza e exprime, com propriedade, um conceito técnico e um valor ético.

Entre as garantias mínimas compreendidas na noção de processo justo (ou equo), encontra-se a garantia do contraditório, baseada na paridade de armas das partes perante o juiz.

Se no Estado liberal o contraditório era considerado como respeitado com a simples garantia de oportunidade de manifestação dada a cada uma das partes, hoje em dia, há que se reconhecer que esta bilateralidade de audiência não é suficiente para assegurar a realização de um processo justo.

No Estado Democrático de Direito, o contraditório, enquanto direito de participação e influência, representa a própria essência da democracia.

A participação é algo tido como cada vez mais essencial na construção dos direitos subjetivos em um Estado Democrático. Providências como audiências públicas e orçamento participativo – justamente por permitirem que os atuais e futuros titulares de direitos subjetivos participem e colaborem na sua construção – acabam conferindo ainda maior legitimidade ao próprio direito.

A conscientização de que o processo é instrumento imprescindível para a realização do direito material e de que a tutela jurisdicional adequada é aquela outorgada em um processo justo, fez com que a Ciência Processual descortinasse novas perspectivas no contraditório, dentre as quais se destacam o direito da parte de ser constante informada sobre todos os atos do processo, podendo se manifestar sobre os atos da outra parte e do juiz,

produzindo prova de suas alegações e contraprova às apresentadas pela outra parte, influenciando assim o resultado do processo. E também o direito de não ser surpreendido por uma decisão que se assente em fundamento a respeito do qual não teve oportunidade de se manifestar.

A garantia só terá efeitos práticos, contudo, se as partes estiverem em condições mínimas de igualdade de armas. Se, ao contrário, existir uma disparidade de condições capaz de fazer com que o provimento final do processo seja favorável, não àquele que à luz objetiva do direito material merecia a tutela, mas ao sujeito que, em razão desta disparidade, saiu-se melhor no “jogo” do processo, não é possível falar em um contraditório efetivo.

Para que se alcance um processo justo, portanto, cabe aos órgãos jurisdicionais velar pelo contraditório efetivo, já que ele é condição necessária e indispensável para que se chegue àquele objetivo.

O incremento dos poderes dos juízes, tendência verificada em diversos ordenamentos, é legítimo na exata medida em que pode melhorar as chances de um processo justo e de uma tutela jurisdicional adequada. Partindo-se desta premissa, o juiz está autorizado a tomar providências no sentido de minimizar as desigualdades existentes, sempre que estas se mostrarem prejudiciais ao efetivo contraditório.

A redução das desigualdades passa, necessariamente, por uma mudança de postura dos órgãos jurisdicionais, que devem se conscientizar da importância do processo e da inserção do Direito Processual como um ramo do Direito Público, de modo a não deixar que a sorte do processo fique nas mãos exclusivas da parte.

O dever de imparcialidade não justifica a indiferença do juiz pela sorte dos litigantes e pela justiça da decisão.

A visão renovada da garantia do contraditório e a conscientização de sua íntima ligação com o ideal de processo justo exige dos magistrados uma postura ativa, guiada pela idéia de efetividade, que considere as eventuais disparidades de armas entre os litigantes e, sempre que possível, cuide de minimizar sua influência no resultado da demanda.

Neste contexto, ganha enorme importância o dever de fundamentação racional das decisões, notadamente daquelas destinadas a minimizar as desigualdades indesejadas, de modo que elas possam ser submetidas ao controle – e ao contraditório – das partes. Só serão legítimas, portanto, as decisões que, além de suficiente e adequadamente fundamentadas, puderem ser alvo de análise crítica pelas partes.

A submissão ao contraditório é condição de legitimidade do ativismo judicial, pois à parte supostamente prejudicada pela atitude “parcialmente positiva” do juiz terá a oportunidade de a ela se contrapor e ter suas razões examinadas (contraditório como direito de influência).

Para que se dê eficácia concreta aos valores prestigiados pela Constituição há que se aplicar os direitos fundamentais também às relações privadas, já que eles não admitem interpretação restritiva.

O contraditório é uma garantia fundamental que irradia efeitos para muito além do processo. Isso evidencia que não se trata apenas de um direito subjetivo de índole processual, mas uma garantia que está imanente ao direito subjetivo material.

A constatação de que não é somente o Estado que exerce o poder e impõe decisões que repercutem na esfera jurídica de terceiros, exige que o contraditório, enquanto garantia fundamental, seja aplicável também às relações de cunho privado em que o poder privado se mostre presente.

Um ato de poder – seja ele estatal, seja ele privado – que atinja a esfera jurídica de uma pessoa só poderá ser considerado legítimo se a ela for garantido o exercício do contraditório pleno, que implica em:

a) possibilidade de se defender, expor fundamentos, produzir prova, contradizer afirmações, prazo razoável;

b) ter os seus argumentos levados em consideração, rejeitados somente por decisão fundamentada, construída com base em raciocínio lógico;

c) proibição de sofrer efeitos de decisão baseada em fundamento que não teve a chance de debater.

E, por fim mas não menos importante, paridade de armas, que significa exigência de um equilíbrio mínimo entre as partes contrárias, de modo a evitar que o resultado da decisão final reflita menos a consequência direta da desigualdade de condições que se verifica na realidade fática e mais o que o direito positivo preconizou como justo e devido.

7 BIBLIOGRAFIA

- AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori. (Coord.). Cargas probatórias dinámicas. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.*
- ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de. *Direito Processual Civil, v. 1, Coimbra: Almedina, 2010.*
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). Garantias Constitucionais do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.*
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil. 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.*
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Tutela Jurisdicional. *Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 34, p. 665-689, out./dez. 2004.*
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *In: DIDIER JR. Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial. Salvador: JusPodivm, p. 151-173, 2007.*
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Juiz e o Princípio do Contraditório. *Revista de Processo, São Paulo, n. 71, p. 31-38, jul./set. 1993.*
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 26, p. 653-664, out./dez. 2002.*

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 4. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Código de Processo Civil Comentado*. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. [trad.: R. Bercovitz Rodríguez-Cano]. Madrid: Civitas, 1987.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Direito Material e Processo. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 33, p. 615-635, jul./set. 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, p. 83-95, 1980.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 7, p. 30-36, jul./set. 1993.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial em materia de prueba. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo, Saraiva, p. 79-86, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o Pedido e a Sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 83, p. 207-215, jul./set. 1996.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo, sexta série, p. 17-30, 1997.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre Alguns Aspectos do Processo (civil e penal) nos Países Anglo-Saxônicos. *Temas de Direito Processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva p. 155-178, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, p. 1-13, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Processo, as Partes e a Sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 5, p. 32-40, ago. 2003.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro. *Temas de Direito Processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, p. 63-80, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Uberaba, n. 48, out./dez. 1985.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os Poderes do Juiz. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.) *O Processo Civil Contemporâneo*, Curitiba, p. 93, 1994.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um Processo Socialmente Efetivo. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo, p. 15-27, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, p. 19-37, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de Direito Processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, p. 53-67, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Uma Novidade: O Código de Processo Civil Inglês. *Temas de Direito Processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, p. 179-189, 2001.

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Vicissitudes da Audiência Preliminar. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 374, p. 143-150, jul./ago. 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Discricionariedade Judicial. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 354, p. 187-196, mar./abr. 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os Elementos Objetivos da Demanda Examinados à Luz do Contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. (Coord.). *Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil (Questões Polêmicas)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e Processo: A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.
- BOTREL, Sérgio. *Direito societário constitucional: uma proposta de leitura constitucional do direito societário*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. *Opere Giuridiche*, Napoli, v. 1, p. 618-702, 1965.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 52.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andréa. *Appunti Sulla Giustizia Civile*. Bari: Caccuci, 1992.
- CAPONI, Remo; PROTO PISANI, Andrea. *Lineamenti di Diritto Processuale Civile*. Napoli: Jovene, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. [trad.: Ellen Gracie Northfleet]. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARNELLUTTI, Francesco. *Tratatto del Processo Civile. Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CARNELLUTTI, Francesco. *La prova civile*. Roma: Edizioni Dell'Ateneo, 1947.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte, v. 3, 1998.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Contradittorio. Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*. v. 4, 4. ed. Torino: UTET, 1989.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: G. Giappichelli, 2004.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. I Modelli di Garanzia Costituzionale del Processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 3, set. 1991.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: contraddittorio (principio del). *Enciclopedia giuridica*, Roma, v. 8, p. 6, 1988.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. O princípio da colaboração: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 127, p. 75-80, set. 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 2. ed. aum e atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito constitucional tributário e due process of law: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 1. ed. 4. reimp. Barcelona: Ariel, 1999.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. [trad.: Eduardo Valentí Fiol]. Barcelona: Bosch, 1961.

- FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 156-157.
- FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*, t. 1, vol. 1. Roma: Atheneum, 1941, p. 3.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín Arce y. *Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional*, Madri: Civitas, 1990.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1989.
- GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del diritto*, Milano, p. 521-522, 1988.
- GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica jurídica e constituição no Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 15, p. 76-94, junho 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrinni. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 54.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 15, p.561, 1960.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial e efetividade do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. (Coord.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

- LUCON, Paulo Henrique Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In CRUZ E TUCCI, Rogério (Coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 91-131, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. As Novas Sentenças e os Novos Poderes do Juiz para a Prestação Jurisdicional Efetiva. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 29, p. 548-564, jul./set. 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito à Efetividade da Tutela Jurisdicional na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.275-275.
- MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao CPC*. Tomo III. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*, 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 556.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual)*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, p.107-141, fev. 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: Uma Garantia de Influência e de Não-surpresa. In DIDIER JR. Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do Processo: Panorama Doutrinário Mundial*. Salvador: JusPodivm, p. 125-150, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise criticadas reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di diritto processuale*, Milano, n. 3, p. 673-674, jul./set. 1988.

PICARDI, Nicola. Il Principio del Contradittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.2, 1988.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. As liminares *inaudita altera parte* e a garantia constitucional do contraditório. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). *Tutelas de urgência e cautelares*. São Paulo: Saraiva, p. 1022-1032, 2010.

REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

- RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. In: ARMELIN, Donaldo (Coord.). Tutelas de urgência e cautelares. São Paulo: Saraiva, p. 342-359, 2010.
- SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146
- SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 78, p. 85-96, abr.-jun. 1995.
- TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 306, p. 73-78, abr.-jun., 1989.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto e NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 168, p.107-141, fev. 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 784, p.11-28, fev. 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. In: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo (coord.). *Inovações sobre o Direito Processual Civil: Tutelas de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, p. 239-267, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil: leis nºs 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 233-263, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Civil Brasileiro no Limiar do Novo Século*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O Processo Justo: o Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 80, p. 71-85, nov. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 33, p. 5-18, nov./dez. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão - Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 3, v. 1, p. 5-23, out./dez. 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A presunção legal e o princípio da verdade real. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=752. Acesso em: 29 jan. 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações Sobre a Efetividade do Processo. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 324, p. 7-15, out. 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do art. 475-J do CPC*. Disponível em <http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=187&rv=Direito>. Acesso em: 29 jan. 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

8 REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. Embargos de divergência no agravo de instrumento n. 778.452/SC. Rel. Min. Ari Pargendler. Embargante: Sérgio Antônio Wordell; embargado: Bando Itaú S/A. DJ-e 23.08.10

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. Embargos de declaração nos embargos de declaração na ação rescisória n. 1.228/RJ. Autor: Bancocidade Corretora de Valores Mobiliários e de Câmbio Ltda; réu: Bolsa de Valores do Rio de Janeiro, DJ-e 02.10.08.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial. Embargos de divergência no agravo de instrumento n. 778.452/SC. Rel. Min. Ari Pargendler. Embargante: Sérgio Antônio Wordell; embargado: Bando Itaú S/A. DJ-e 23.08.10

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 327.728/SP. Recorrente: Joaquim da Conceição Mendes; recorrido: INSS. Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 15.10.01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. Recurso extraordinário n. 384.031/AL. Recorrente: Estado de Alagoas; recorrido: Rosemeire Lopes Lobo Ferreira. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 04.06.04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. Agravo regimental na suspensão de segurança n. 514/AM. Requerente: Procurador Geral da República; requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 03.12.93.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Recurso extraordinário n. 158.543/RS. Recorrente: Ubirajara de Sá Gomes e outros; recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.10.95.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. Recurso extraordinário n. 185.255/AL. Recorrente: Carlos Humberto Leão; recorrido: Município de Arapiraca. Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 19.09.97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. Mandado de segurança 24.268/MG. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito; impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União e outro. Rel. Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 17.09.04.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Recurso extraordinário n. 201.819/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores; recorrido: Vera Lúcia Rodrigues Gatti e outros. Rel. Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.06.