A RELEVÂNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Clayton Reis e Guilherme Alberge Reis

THE RELEVANCE OF THE CONSTITUTIONAL LAW IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL CODE

REVISTA DE DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 51. BRASÍLIA. 107 (2). P. 198-212 / JAN- JUN 2016

RESUMO

O presente trabalho possui caráter interdisciplinar, pois transita entre o Processo Civil e o Direito Constitucional. Seu objetivo é analisar as garantias fundamentais, consubstanciadas sobretudo no contraditório e no devido processo legal, positivadas no CPC/2015, assim como refletir brevemente sobre eventuais prejuízos à celeridade processual causados pelo que se convém chamar de "formalismo valorativo". Para tanto, foi feita uma análise da doutrina consolidada sobre o tema, representada notadamente pelos escólios do Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e de escritos contemporâneos já publicados sob a égide do CPC/2015. Analisamos o fato de que a previsão de garantias fundamentais no bojo da legislação processual tem o condão de evitar o cometimento de arbítrios por entes estatais e privados, o que é feito por meio da sujeição do juiz ao contraditório e da cooperação que deve nortear a ação dos atores processuais. Finalmente, concluímos que a inserção de tais garantias constitucionais no processo acompanha, com base em uma interpretação teleológica, o *animus* da Constituição Federal de 1988, não causando, ademais, qualquer prejuízo à celeridade do trâmite processual.

» **PALAVRAS-CHAVE:** PROCESSO CIVIL. DIREITO CONSTITUCIONAL. FORMALISMO VALORATIVO. CONTRADITÓRIO. COOPERAÇÃO PROCESSUAL.

ABSTRACT

The present work is essentially interdisciplinary, transiting between civil procedural law and constitutional law. It aims to analyze the fundamental rights, mainly the adversarial and the due process of law principles, inserted in the 2015 Brazilian Civil Procedural Code (CPC), as well as briefly reflect about the alleged prejudice to lawsuits' celerity caused by what has been called "evaluative-formalism". In order to achieve this objective, we studied both the traditional legal literature on the subject, represented by the widely known Prof. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, and the latest studies developed, already published under the scope of the new CPC. We analyze the fact that the inclusion of fundamental rights in the procedural legislation aims to avoid excesses committed both by the State and private parties, which has been put into practice through the judge's subjection to the adversarial principal as well as through the cooperation that must guide the actions taken by the subjects of the civil procedure. Finally, we conclude, from a purposive perspective, that the inclusion of such constitutional rights in the procedure follows the animus of the Brazilian Constitution of 1988, not causing, after all, any prejudice to lawsuits' celerity.

» ***KEYWORDS:*** *CIVIL PROCEDURE. CONSTITUTIONAL LAW. EVALUATIVE-FORMALISM. ADVERSARIAL PRINCIPLE. PROCEDURAL COOPERATION.*

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar a evolução constitucional pela qual passou o direito processual brasileiro com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil[1]. O *codex* anterior, promulgado em 1973, no auge de um regime não democrático, deixava de acompanhar, em muitas disciplinas, a Constituição Federal de 1988. A nova legislação instrumental, em contrapartida, em alguns casos aprofundou e em outros introduziu dispo-

sitivos que garantem efetividade prática a princípios constitucionais como o contraditório, imprescindíveis em uma democracia.

Será abordado, inicialmente, um fenômeno já experimentado por outros países em que vigora a *common law*: a constitucionalização do processo, também chamada de formalismo valorativo por parte da doutrina. Far-se-á um breve histórico dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal para chegar-se, finalmente, a um comparativo entre os códigos de 1973 e de 2015 no que tange à presença das referidas garantias constitucionais.

Em que pese a introdução na legislação processual brasileira de alguns direitos fundamentais seja recente, tal fenômeno é, há muito, estudado por renomados autores, como Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que o denomina de "formalismo valorativo". A inclusão de dispositivos que aprofundam o devido processo legal, abrangendo a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, possui o condão de assegurar às partes que suas garantias fundamentais não sejam violadas, bem como sejam objeto de ampla tutela.

Para tanto, será feita uma análise da dimensão material do contraditório, que se traduz na sujeição do julgador a tal princípio, fazendo com que as partes efetivamente influenciem o curso do processo, o que acaba por criar uma cooperação dialética que culmina, por sua vez, na prolação de decisões mais justas. Veda-se, ainda, com isso, a prolação de decisões-surpresa, o que tem o condão de criar um processo mais objetivo e menos personificado.

Por fim, mesmo diante de todos os benefícios decorrentes da positivação de garantias fundamentais na legislação processual, há quem sustente que tal fato levaria a mais morosidade no tempo de trâmite dos autos. Será feita, pois, breve análise sobre as causas que levam a protelar os feitos, destacando-se o papel preponderante de todos os atores processuais para garantir a celeridade, sem ferir direitos constitucionalmente garantidos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ENFOQUE CONSTITUCIONAL DO PROCESSO CIVIL

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, em conjunto com o devido processo legal, são garantias constitucionais proclamadas no art. 5º, incisos LIV[2] e LV[3], da Constituição Federal. Muito embora o Código de Processo Civil revogado, doravante CPC/1973, contivesse normas gerais, instrumentalizadoras de tais princípios, prescritas nos artigos 398[4], 425[5], dentre outros, não havia qualquer menção direta e literal ao termo "contraditório" enquanto garantia constitucional.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, ou CPC/2015, há garantias expressas, muito mais concretas, presentes no Capítulo I, que aborda as normas gerais aplicáveis a toda a legislação processual civil, o que inexistia no CPC/1973. Apenas a título exemplificativo, na nova codificação, a atuação do juízo e seu diálogo com as partes ficam sujeitos ao contraditório[6], partindo do pressuposto de uma efetiva cooperação entre os atores processuais, e compete ao juiz zelar pela aplicação deste

relevante princípio constitucional. Essa diretriz, muito embora somente tenha sido adotada expressamente na legislação processual recentemente, já é defendida há longa data por parte da doutrina, para quem as partes são "colaboradores necessários" (CINTRA; GRINOVER; *et al*, 1996, p. 55).

É de se observar que houve dois fenômenos distintos: primeiramente, a Constituição passou a prever garantias processuais e, com o advento do CPC/2015, foram incorporadas à legislação instrumental normas de cunho eminentemente constitucional, materializando-se a eficácia de direitos fundamentais. O assunto é melhor esclarecido por Mitidiero:

> O relacionamento entre o direito processual civil e o direito constitucional, de seu turno, também evoluiu sensivelmente. Para além da tutela constitucional do processo (constitucionalização das normas jurídicas fundamentais de processo) e da jurisdição constitucional, importa observar a incorporação no âmbito do direito processual civil da metodologia constitucional (...). Enquanto a primeira *constitucionalização do processo* teve por desiderato incorporar normas processuais na Constituição, a *segunda constitucionalização* visa atualizar o discurso processual civil com normas principiológicas e com normas que visam regular a aplicação de outras normas (os postulados normativos), além de empregar como uma constante a eficácia dos direitos fundamentais para solução dos mais variegados problemas de ordem processual[7].

O enfoque constitucionalista que o CPC/2015 pretende conferir ao direito processual brasileiro fica evidente já no art. 1º do novo *codex*, segundo o qual, "o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição", antecipando a menção direta, o que inexistia no CPC/1973, a diversos preceitos constitucionais (BUENO, 2015, p. 21).

O fenômeno de constitucionalização do processo é também denominado de "formalismo valorativo", por ordenar e organizar o processo contra arbítrios judiciais, tendo como principal expoente do estudo o Professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, que assim se manifesta:

> (...) o formalismo reveste-se de poder ordenador e organizador, que restringe o arbítrio judicial, promove a igualação das partes e empresta maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial. E isso porque, no fundo, na essência de todas as relações entre o processo e o direito material, está um específico problema de justiça, só sendo justo aquele se transcorreu conforme os seus princípios fundamentais e resulta em consonância com os ditames do sistema, tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional[8].

Justamente por conta da constitucionalização do processo, fenômeno já vivenciado pela maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, a exemplo do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês (MITIDIERO, 2015, p. 51), antes de passar a analisar a materialização de inúmeras garantias, em especial as contidas nos artigos 9º e 10 do CPC/2015, cabe tecer breves comentários sobre os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sob um enfoque essencialmente constitucional.

2 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa são decorrentes do devido processo legal (*due process of law*), cujas origens remontam à Magna Carta inglesa do ano de 1215 (MO-

RAES, 2003, p. 361). Gradativamente, tais princípios passaram a fazer parte do senso coletivo de justiça, figurando como verdadeiros estandartes contra arbitrariedades estatais, e encontraram terreno fértil para sua consolidação na Inglaterra e, posteriormente, nos Estados Unidos.

Atualmente, o devido processo legal está previsto inclusive na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948 (art. XI, n. 1[9]), prova de sua imprescindibilidade em qualquer ordenamento jurídico-democrático e de seu caráter garantidor dos direitos humanos, ao combater excessos cometidos por governos autoritários.

Especificamente sobre a garantia ao contraditório, o renomado constitucionalista Alexandre de Moraes defende que o mesmo decorre da ampla defesa, sendo até mesmo inerente ao processo, consubstanciando-se em condição indispensável para sua existência:

> (...) o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.
> A tutela judicial efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa, pois não são mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão[10].

Como é possível observar, o contraditório não deve jamais ser tido como um conjunto de procedimentos e normas meramente protelatórios, visto que é garantia essencial para a concretização de um processo justo e imparcial, extensível *erga omnes*, e que, em última análise, visa assegurar a persecução da verdade real e da melhor aplicação do *mens legis* dentro do processo.

A presença do contraditório se traduz em verdadeira condição de existência e validade do processo, garantindo uma simetria de tratamento às partes e, especialmente, iguais oportunidades de defesa. O assunto é precisamente esclarecido por Fernando Gonzaga Jayme e Marcelo Veiga Franco:

> O processo, por sua vez, é espécie de procedimento que se distingue e se qualifica pela presença do contraditório realizado em simétrica paridade. O contraditório é essencial à definição do processo, que é, na verdade, o procedimento que se realiza em paritário contraditório.
> Nessa ordem de ideias, o contraditório é conceituado como 'a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei[11].

A inserção dos direitos e garantias fundamentais no rol de cláusulas pétreas, conforme art. 60, §4º, IV[12], da Constituição, demonstra que a intenção do legislador Constituinte era a de reconhecer a imprescindibilidade de tais normas, sobretudo após longo período em que as mesmas deixaram de ser observadas no regime autocrático, tornando o contraditório e a ampla defesa princípios norteadores de toda a ordem jurídica brasileira. Vê-se, portanto, que à Constituição foram incorporadas garantias processuais.

Especificamente quanto à norma do art. 5º, LV, da Constituição, mesmo antes da adoção de um conceito mais abrangente de obediência ao contraditório pela legislação processual, a melhor doutrina já lecionava em favor de sua importância e extensiva aplicação, indo muito além de um simples "direito de resposta" das partes:

> Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, de forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. Este último elemento não se circunscreve ao ato que resolve a controvérsia, mas compreende todas as decisões do órgão judicial, digam respeito ao mérito da controvérsia, às chamadas condições da ação, aos pressupostos processuais ou à prova. Estende-se, ademais, à matéria fática ou de puro direito, e em qualquer fase do processo[13].

Constata-se, assim, que, constitucionalmente, o direito ao contraditório implica influenciar profundamente o processo, não havendo distinção entre matérias fáticas, de direito e, sequer, graus de jurisdição. Sua observância seria, destarte, mandamental, independente de previsão na legislação processual, por ser verdadeiro pilar indissociável do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma verdadeira cooperação entre as partes e o juiz, para que o diálogo provocado pelo contraditório tenha como expoente o provimento de decisões justas (MITIDIERO, 2015, p. 71).

A presença de direitos fundamentais na legislação processual é garantia não apenas contra excessos do Estado, em sentido amplo, mas também de outros membros da sociedade, poderosos o suficiente para criar relações pautadas na hipossuficiência (como grandes corporações) – cria-se, assim, um "estatuto básico processual" (OLIVEIRA, 2009, p. 94).

Destacada a relevância da presença de garantias fundamentais ao processo, passamos a estudar a recente mudança na legislação processual, decorrente da incorporação dessas ideias principiológicas ao CPC/2015.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DO NOVO CPC

Pois bem, efetuada essa brevíssima, porém necessária, introdução constitucional ao assunto, nossa proposta é, a partir de agora, analisar os novos dispositivos insertos, sobretudo, no Capítulo I da Parte Geral do CPC/2015 e suas consequências, inclusive quanto à pretensa possibilidade de ocasionarem um atraso ainda maior ao trâmite processual.

É notório que a leitura do Capítulo I do CPC/2015, que prevê meios para que se efetivem garantias fundamentais, deve ser feita em conjunto, já que seus dispositivos guardam íntima relação e são complementares entre si – prevalece, portanto, a noção de sistema. Fica evidente, nesse diapasão, que "o processo aparece marcado pelos valores liberdade, igualdade, participação, segurança e justiça (arts. 1º, 7º, 8º, 9º e 10 do CPC/2015), base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados" (MITIDIERO, 2015, p. 50).

Por se tratar especificamente do contraditório que o legislador buscou impingir à legislação processual, começamos analisando o art. 9º do referido *codex*, que prescreve, de forma peremptória, o seguinte:

> Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
> Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:
> I – à tutela provisória de urgência;

> II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, II e III;
> III – decisão prevista no art. 701.

As exceções *inaudita altera parte* de que tratam os incisos do referido art. 9º não ferem, de maneira alguma, o exercício do contraditório, visto que este é apenas postergado em razão de *periculum in mora* ou de matéria meramente de direito (ação monitória, *e.g.*) em que seja evidente a razão do autor (art. 701 – CPC/2015).

Nas interpretações anteriores acerca da aplicação do contraditório ao processo, reinava a "bilateralidade de instância", também chamada de dimensão estática (ou formal) do contraditório (JAYME; FRANCO, 2014, p. 339), o que significa dizer que bastava oportunizar a manifestação sobre os fatos e fundamentos trazidos pela parte contrária. Este entendimento permitia decisões *ex officio inaudita altera parte* e excluía o julgador da dialética inerente ao processo. O contraditório, postergado nesses casos, passava a ser meramente *pro forma*, já que a manifestação da parte em nada influenciaria o convencimento do juiz, tendo em vista a anterioridade da decisão.

No entanto, tal entendimento evoluiu de maneira que, mesmo antes da edição de tais normas na legislação processual brasileira, parte da doutrina já pugnava pelo absoluto "direito de influência das partes", ou dimensão dinâmica (material), com uma espécie de sujeição do juiz ao contraditório – apesar da necessária imparcialidade, o julgador passou a figurar como garantidor do contraditório, sendo impedido de proferir decisões, sem oportunizar a manifestação das partes contrárias, fato, aliás, amplamente reconhecido pelos ordenamentos jurídicos estrangeiros, em especial europeus.

Esse aprofundamento do diálogo das partes entre si e, mais recentemente, entre elas e o juiz, decorre, em grande medida, da cooperação que deve nortear o processo, o que foi adotado expressamente no art. 6º[14] do CPC/2015. A cooperação a que se refere o mencionado dispositivo deve, segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ser entendida de forma ampla e não apenas como simples colaboração entre as partes:

> (...) a cooperação exerce também aqui um papel relevante. Tal se instrumentaliza por meio dos princípios, garantias e técnicas formadores do próprio processo. E, raramente, visam eles, exatamente, não só facilitar o trabalho judicial, como também incrementar a colaboração das partes, a exemplo da imediatidade no debate e na recepção da prova oral, do contraditório e da presença dos interessados na produção das provas. Ao mesmo tempo, o dever de motivar a sentença, o atendimento às formalidades estabelecidas em lei para a realização da prova, a publicidade do procedimento, a possibilidade de recursos em geral e o duplo grau de jurisdição, servem como anteparo ao arbítrio judicial, por limitar o caráter 'pessoal' da decisão e melhorar a sua objetividade[15].

Confere-se, como visto, objetividade às decisões, limitando a possibilidade de arbítrios judiciais. Ainda sobre a dimensão dinâmica do princípio do contraditório adotada pela legislação instrumental brasileira, os renomados processualistas Marinoni, Arenhart e Mitidiero elucidam:

> Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório[16].

A ampliação do conceito do contraditório que reconhece o direito de influência das partes no processo faz, assim, com que, mesmo com a juntada aos autos de parecer ou memoriais de julgamento, deva-se ouvir a parte contrária, para que se evite a decisão sobre pontos que deixaram de ser discutidos nos autos (NERY; NERY, 2015, p. 216).

Embora doutrina e jurisprudência já defendessem a ampla e irrestrita aplicação do contraditório bem como desta necessária cooperação ao processo, por sua inequívoca importância constitucional, havia violações frequentes, já que, por conta de uma visão não positivada do direito de influência, o Poder Judiciário, por vezes, considerava desnecessário ouvir ambas as partes, sobretudo em matérias de ordem pública. Era muito comum, destarte, a confusão do conceito de "decisão *ex officio*" com o de "decisão *inaudita altera parte*".

Vigorava, pois, no universo das normas procedimentais, que seria imprescindível oportunizar o contraditório apenas em casos nos quais houvesse, por exemplo, a produção de provas a respeito das quais ambas as partes deveriam se manifestar ou, ainda, acerca de novas alegações trazidas por uma das partes, o que acabava por ofender, ainda que de maneira velada, a garantia constitucional ao contraditório.

Em vista dessa confusão conceitual feita por alguns operadores do direito, que culminava em ofensas constitucionais, nossa opinião é que não se mostra exagerado consagrar no *codex* processual o que a Constituição brasileira tem por objetivo evidente: garantir a máxima efetividade ao contraditório e um processo civil inteiramente democrático, com a participação igualitária das partes.

Enquanto o artigo 9º reforça a necessidade de observância do contraditório, o artigo 10, por sua vez, inova em relação ao CPC/1973, ao vedar a prolação de decisões ao juiz, ainda que cognoscíveis de ofício, sem oportunizar manifestação das partes, nos seguintes termos:

> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Tal dispositivo coroa a interpretação constitucional que já se fazia, antes da entrada em vigor do CPC/2015, por boa parte da doutrina, como anteriormente exposto. Aqui, veda-se expressamente a prolação de "decisões-surpresa", evitando-se a existência de matérias que não tenham sido objeto de debates ou que não sejam do conhecimento de ambas as partes, a fim de fornecer argumentos para o juiz proferir um *decisum* com mais assertividade e de garantir a possibilidade de influência dos litigantes sobre o processo – protege-se com isso, inclusive, a boa-fé prevista no art. 5º[17] do novo *codex* (MITIDIERO, 2015, p. 134). Marinoni, Arenhart e Mitidiero se pronunciam da seguinte maneira sobre o assunto:

> Por força da compreensão do contraditório como direito de influência, a regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes, isto é, sobre matéria debatida anteriormente pelas partes. Em outras palavras, veda-se o juízo de *terza via*. Há proibição de decisões-surpresa[18].

As matérias de ordem pública, como a incompetência absoluta e a litispendência, ainda podem ser decididas de ofício pelo julgador, ou seja, sem provocação das partes, tal como enunciado pelo §5º[19] do art. 337 do CPC/2015, o que não autoriza serem prolatadas tais decisões sem que autor e réu tenham se manifestado, visto que carregam a potencialidade de causar prejuízos às partes.

Também no caso de embargos de declaração com efeitos infringentes[20], infelizmente era comum a modificação da decisão anterior sem possibilitar a manifestação da parte *ex adversa*, que poderia, em tese, ser prejudicada. No entanto, a fim de evitar futuras nulidades tanto em matérias de ordem pública quanto em embargos declaratórios com efeitos infringentes, deve ser oportunizado às partes que se pronunciem sobre o assunto devido à vedação de decisões-surpresa.

Há, inclusive, no que diz respeito aos aclaratórios, parcela da doutrina crítica quanto ao fato do artigo 1.023, §2º[21], do CPC/2015 ter previsto o contraditório apenas em casos de efeitos infringentes, defendendo que, em razão de sua natureza recursal, a manifestação deva ser sempre oportunizada (ROCHA, 2014, p. 189) (ASSIS, 2008, p. 630).

Uma decisão-surpresa ocorre quando um julgado, não importando se verse sobre matéria de fato ou de direito, aborda assuntos não debatidos no processo pelas partes (MALLET, 2014). Ora, decisões-surpresa ferem o devido processo legal e o contraditório e, por consequência, são inconstitucionais, gerando vício insanável e nulidade absoluta (NERY; NERY, 2015, p. 218) dos atos praticados.

É evidente que, ainda que fossem as únicas normas sobre o contraditório insertas no CPC/2015, os artigos 9º e 10 já se consubstanciariam em sensível evolução em relação ao CPC/1973, editado em uma época em que arbitrariedades eram não apenas toleradas, mas cometidas pelo próprio Estado *lato sensu*.

Entretanto, estes, felizmente, não são os únicos dispositivos para selar as garantias da ampla defesa e do contraditório, uma vez que a exigência do art. 489, §1º, IV, de que o Juiz deve analisar um a um os fundamentos das partes (dever de fundamentação), apesar de não se encontrar na Parte Geral do Código, também é importante corolário das garantias constitucionais fundamentais, levando ao direito do jurisdicionado de ver todos os argumentos trazidos rebatidos – princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição). Este dever de fundamentação corresponde, em derradeira *ratio*, à "última manifestação do contraditório" (WAMBIER, 2005, p. 389), materializando a sujeição do julgador à sua observância.

Outros importantes dispositivos que trazem novidades no que diz respeito ao contraditório são, a título exemplificativo, os artigos 329, II[22], 372[23] e 962, §2º[24] do CPC/2015, apenas para citar alguns. Vê-se, assim, que foi adotada uma linha coerente em toda a sistemática do Código, inclusive com a previsão de que, no julgamento de recursos, o relator deve oportunizar à parte recorrente que sejam sanados eventuais vícios, tal como determina o art. 932, parágrafo único[25], evitando, assim, a chamada "jurisprudência defensiva".

Negar seguimento a recursos interpostos antes de começar a correr o prazo, por exemplo, passou a ser expressamente vedado pelo art. 218, §4º, do CPC/2015: "será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo" – este formalismo exacerbado em nada se confunde com o formalismo valorativo defendido por parte da doutrina como aprofundamento dos direitos fundamentais das partes (constitucionalização do processo). É possível dizer, inclusive, que a jurisprudência defensiva fere frontalmente garantias constitucionais, devendo ser evitada a todo custo.

A prevalência do contraditório acaba por atuar em consonância com a evidente vontade de legislador de que sejam privilegiadas as decisões de mérito, o que foi declaradamente expresso no art. 4º[26].

Mesmo havendo concordância em boa parte da doutrina quanto à evolução que a positivação do contraditório representa, não se pode radicalizar, exigindo que qualquer decisão do juízo pressuponha a manifestação de ambas as partes. Nisso, a advocacia terá grande papel para não obstaculizar a razoável duração do processo, já que, em decisões que não gerem prejuízos às partes, há a dispensa do "contraditório inútil" (NEVES, 2015, p. 4). O contraponto, com relação à cautela que as partes e o juiz devem ter a fim de não eternizar o contraditório, esvaziando o caráter benéfico da norma, é feito no artigo de Fernando da Fonseca Gajardoni:

> (...) não se pode eternizar, demasiadamente, o debate em contraditório e olvidar-se do valor tempo. Sustentar a necessidade de réplica do recorrente toda vez que, em sede de contrarrazões de recursos extraordinários, for alegada uma preliminar (intempestividade, falta de prequestionamento ou de repercussão geral etc.), significa dizer que também será necessária nova oportunidade de manifestação para o contrarrazoante se, eventualmente, o recorrente/replicante, na réplica às contrarrazões, alegar que as contrarrazões são intempestivas. Ou seja, na eternização do digam as partes, se postergará demasiadamente no tempo o pronunciamento de quem, afinal, é o responsável por decidir o conflito[27].

Pelo que se pode perceber até aqui, a inclusão de dispositivos legais garantidores do contraditório na legislação infraconstitucional merece ser festejada, embora, cabe destacar, sua observância seja obrigatória por força do texto da Constituição. Entretanto, existe dúvida se tais dispositivos não se prestariam a "conturbar" nosso complexo sistema processual, servindo como meio protelatório às partes.

4 A AUSÊNCIA DE INFLUÊNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CPC NO AUMENTO DO TEMPO DE TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS

Ora, quanto a esse assunto, cabe destacar, mais uma vez, que a não observância do contraditório suscita nulidade, vício processual insanável, mesmo que o mérito seja acertado, o que geraria ainda mais demora na efetiva prestação jurisdicional. De igual forma, a jurisprudência defensiva dá azo a um sem número de agravos com vistas a "alavancar" recursos, o que também aumenta o prazo de tramitação dos processos e interfere diretamente em sua celeridade.

Ademais, há dispositivos que coíbem a má-fé processual em condutas atentatórias à dignidade da justiça, como a previsão de punição a recursos e manifestações meramente protelatórias e resistência injustificada ao andamento do processo, dentre outros. Tais são as previsões de litigân-

cia de má-fé presentes em diversas oportunidades no CPC/2015, especificamente nos artigos 80[28], 142[29] e 536, §3º[30] (este último dispositivo, a única novidade em relação ao CPC/1973).

A usurpação, por assim dizer, do contraditório como forma de protelar o processo e não como garantia constitucional gera, tal como exposto, *de per si*, ato atentatório à dignidade da justiça e punição por litigância de má-fé. Os sujeitos do processo, assim, em especial as partes, por meio de seus causídicos, devem sempre fazer um *mea culpa* e refletir sobre seu relevante papel garantidor de um rápido andamento processual, evitando a utilização de instrumentos maliciosamente protelatórios.

Além de punições aos litigantes de má-fé, o já mencionado art. 5º do CPC/2015 prega a boa-fé objetiva de todos os participantes no processo, dispositivo que, apesar de possuir caráter meramente normativo, ou seja, de cunho geral, confere direcionamento expresso à conduta das partes, mostrando a disposição de coibir aqueles que ajam de maneira distinta do apregoado.

Por sua vez, o art. 6º do CPC/2015, já mencionado, também incumbe às partes a celeridade do processo, evidenciando o caráter policêntrico do novo Código (o juiz não é mais seu titular absoluto, dividindo responsabilidades também com as partes), tal como esposado na doutrina especializada no assunto:

> Com efeito, o processo, no Estado Democrático de Direito, deve ser gerido por todos os sujeitos processuais, uma vez que a decisão judicial é o resultado da participação isonômica, dialética e influente das partes na construção do provimento. Nessa perspectiva, a direção do processo é compartilhada igualitariamente entre as partes e o juiz, os quais cooperam com a gestão da atividade processual ("policentrismo processual"). Ao agregar a cooperação processual, objetiva-se "transformar o processo em uma 'comunidade de trabalho'", na qual o magistrado assume a posição de interlocutor que dialoga com as partes[31].

Fica evidente, portanto, a tentativa de dividir responsabilidades pelo andamento do processo, incumbindo, de igual forma, primeiramente ao Estado, por meio do fornecimento de ferramentas adequadas (infraestrutura compatível e número de servidores suficientes para atender à enorme demanda), mas também a magistrados e partes, por meio de seus advogados, todos como agentes da celeridade processual.

Sobre as garantias ao contraditório consagradas no CPC/2015 e o fato de causarem, supostamente, atrasos no processo, Luiz Rodrigues Wambier leciona:

> Há muitas críticas a esse dispositivo, fundamentalmente no sentido de que a necessidade de contraditório prévio a decisão a respeito de matéria de que possa o juiz conhecer de ofício causará maior demora no procedimento, com prejuízo para a razoável duração do processo. Não concordo com essa afirmação. Se o processo é moroso, isso certamente não se deve a alguns dias a mais, destinados ao exercício pleno de garantia constitucional. Há outras causas estruturais e culturais (a burocracia, por exemplo; os "tempos mortos", de que fala a doutrina)[32].

Os "tempos mortos", aliás, a que o doutrinador acima se refere, tendem a diminuir com a automação inerente ao advento do processo eletrônico, já que, em virtude da ausência de autos físicos, deixam de existir situações anteriormente corriqueiras, como o "sumiço" de processos em cartório e a morosidade em se proferir despachos de mero expediente, por exemplo. Em análise

puramente observacional, verifica-se, de pronto, mais agilidade no envio de autos à conclusão, distintamente do que ocorria antes do processo eletrônico.

De toda sorte, muito se critica, no Direito Brasileiro, a morosidade do Judiciário, e, com a positivação de normas que aprofundam, na legislação processual, o exercício de garantias fundamentais, houve quem se manifestasse no sentido de que tais dispositivos se prestariam a burocratizar e aumentar o tempo de tramitação dos processos.

Apesar disso, temos que a manifestação de ambas as partes tem o condão de fornecer instrumentos para que os julgadores tomem decisões mais bem fundamentadas, esgotando complexas discussões recursais e, inclusive, reduzindo nulidades processuais, o que tornaria, em *ultima ratio*, o trâmite processual mais célere. Mais do que isso, a sujeição do juiz ao contraditório, com a vedação do proferimento de decisões-surpresa, mostra-se como uma necessária evolução de uma legislação processual ultrapassada, surgida no seio de um período ditatorial (regime de exceção); prova disso é que o Brasil apenas segue, tardiamente, a tendência mundial de formalismo valorativo.

Não há mais espaço para interpretações utilitaristas da legislação processual. Em outras palavras, entendimentos que privilegiem uma visão "útil", geralmente relacionada à duração do processo, em prejuízo do atendimento a princípios constitucionais hierarquicamente superiores, são cada vez mais raros. Tais escólios, infelizmente, ainda são prevalentes entre parte da doutrina, embora estejam cedendo espaço a um tratamento privilegiado de preceitos fundamentais, notadamente, a ampla defesa e o contraditório, em vez da celeridade processual (art. 5º, inciso LXXVIII[33], da Constituição). Nas palavras de Felippe Borring Rocha:

> O contraditório é, sem sombra de dúvidas, um dos institutos mais caros à ciência processual. De fato, muito além de um qualificador do processo judicial, o contraditório representa o mais importante componente lógico-filosófico e estrutural do desenvolvimento legítimo da relação jurídica processual, corolário do devido processo legal e densificador de garantias fundamentais, dentre as quais se destaca o princípio democrático. Por isso, causa espécie verificar que no estágio atual de desenvolvimento da ciência processual ainda existam no Brasil algumas situações onde a doutrina e a jurisprudência aceitam, quase que pacificamente, tratar o contraditório recursal de uma forma utilitarista, ou seja, submetido a um conjunto de resultados 'úteis' para o processo e para o funcionamento do Poder Judiciário, normalmente associados aos princípios da celeridade, do prejuízo, da economia processual etc.[34]

Em todo o caso, ainda que as normas dos artigos 9º e 10 do CPC/2015 tornassem o processo mais moroso, o que se admite apenas para fins argumentativos, não se poderia jamais sobrepujar direitos fundamentais, como, por exemplo, a garantia constitucional ao contraditório, a bem de poucas semanas adicionadas ao trâmite total de um processo. Esses dispositivos, somados a diversos outros, vêm, passados 30 anos da redemocratização, para acabar de vez com resquícios de um direito processual autoritário, que possibilitava arbitrariedades e excessos do Poder Judiciário e de partes que estivessem dispostas a operar de forma maliciosa.

CONCLUSÃO

O formalismo valorativo que pautou a inclusão de diversos dispositivos no CPC/2015 acompanha o que há de mais moderno na legislação mundial, a fim de garantir decisões judiciais mais objetivas e de proteger os jurisdicionados de arbítrios cometidos por agentes estatais e privados.

Ganha especial relevância, em particular no capítulo I, a sujeição do juiz ao contraditório com base em uma interpretação da dimensão material de tal princípio, o que garante às partes o direito de efetivamente influenciar o processo. Disto resulta uma cooperação dialética que deve pautar a atuação de todos os atores processuais. Ainda como resultado desse fenômeno, outros dispositivos do *codex* instrumental passaram a prever, por exemplo, a vedação de decisões-surpresa (juízo de *terza via*), para que as partes não sejam prejudicadas com decisões que versem sobre assuntos não discutidos no processo.

A relevância histórica e seu caráter contrário ao cometimento de excessos fez com que tais garantias fundamentais fossem incorporadas ao CPC/2015, em especial, ao seu Capítulo I, que norteia toda a condução do processo e cria uma espécie de "estatuto básico processual". É de se destacar, ainda, que a cultura processual brasileira se encontrava desatualizada, tendo em vista que foi esculpida a partir da entrada em vigor do código antigo, em 1973, no auge de um período ditatorial – totalmente em descompasso, portanto, com a democrática Constituição Federal de 1988.

Mesmo diante de todos os benefícios decorrentes dessa evolução histórica pela qual passou a legislação processual, há quem defenda uma interpretação utilitarista, tendo em vista que as inserções atinentes ao contraditório teriam o condão de protelar o já excessivamente conturbado processo brasileiro. Temos, entretanto, que os motivos que levam à ausência de celeridade no trâmite processual são outros, havendo, inclusive, artigos legais hábeis para coibir artifícios meramente protelatórios.

Os benefícios da positivação do contraditório e da ampla defesa no CPC/2015, ante todo o exposto, foram evidenciados ao longo deste artigo e são inegáveis para qualquer jurisdicionado. Os eventuais prejuízos, por sua vez, são, no mínimo, questionáveis. O tempo dirá o valor e a importância dessas regras principiológicas no novo sistema processual.

Aprovado: 8/7/2016. Recebido: 1º/4/2016.

NOTAS

[1] Lei n. 13.105/2015.

[2] LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

[3] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

[4] Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá a seu respeito, a outra.

[5] Art. 425. Poderão as partes apresentar, durante a diligência, quesitos suplementares. Da juntada dos quesitos aos autos dará o escrivão ciência à parte contrária.

[6] Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (Grifo nosso).

[7] MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil – **Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[8] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 215.

[9] Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

[10] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 362.

[11] JAYME, Fernando Gonzaga. FRANCO, Marcelo Veiga. O Princípio do Contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *In:* **Revista de Processo**. Ano 39 Vol. 227.

[12] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.

[13] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Comentário ao art. 5º, LV. *In:* CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 433.

[14] Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[15] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 192.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 108.

[17] Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

[18] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 109.

[19] §5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.

[20] Aliás, a possibilidade de concessão de efeitos infringentes aos embargos declaratórios também foi uma grande evolução no CPC/2015, já que agora é reconhecida expressamente no art. 494, II.

[21] Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

(...)

§2º. O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.

[22] Art. 329. O autor poderá:

(...)

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

[23] Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

[24] Art. 962. É passível de execução a decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência.

(...)

§2º. A medida de urgência concedida sem audiência ao réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.

[25] Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

[26] Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

[27] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Pontos e Contrapontos sobre o Projeto do Novo CPC**. *In:* Revista dos Tribunais. Ano 103. Vol. 950. Dezembro 2014. p. 19.

[28] Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidente manifestamente infundado;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

[29] Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

[30] Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

(...)

§3º. O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

[31] JAYME, Fernando Gonzaga. FRANCO, Marcelo Veiga. O Princípio do Contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *In:* **Revista de Processo**. Ano 39. Vol. 227. Janeiro 2014 (Tereza Arruda Alvim Wambier – coord). p. 346.

[32] Wambier, Luiz Rodrigues. Notas sobre o contraditório no projeto do novo CPC. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184362,81042-Notas+sobre+o+contraditorio+no+projeto+do+novo+CPC>. Acesso em: 02 mar. 2016.

[33] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade em sua tramitação.

[34] ROCHA, Felippe Borring. O Contraditório Utilitarista. *In:* **Revista de Processo**. Ano 39. Vol. 229. Março 2014 (Tereza Arruda Alvim Wambier – coord). p. 171-172.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 1996.

DOTTI, Rogéria. **Tribunais superiores: o combate à jurisprudência defensiva.** Gazeta do Povo, Curitiba, 01 nov. 2012. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/tribunais-superiores-o-combate-a-jurisprudencia-defensiva-2lgfor24bi987tqqokaqpmedq>. Acesso em: 20 out. 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Pontos e Contrapontos sobre o Projeto do Novo CPC**. *In:* Revista dos Tribunais. Ano 103. Vol. 950. Dezembro 2014.

JAYME, Fernando Gonzaga. FRANCO, Marcelo Veiga. O Princípio do Contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. *In:* **Revista de Processo**. Ano 39. Vol. 227. Janeiro 2014 (Tereza Arruda Alvim Wambier – coord).

MALLET, E. **Notas sobre o problema da chamada "decisão-surpresa".** R. Fac. Dir. Univ. São Paulo, São Paulo, v. 109, jan./dez. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/89239/Rev_2014_12>. Acesso em: 28 fev. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo: Atlas, 2003.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Comentário ao art. 5º, LV**. *In:* CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Felippe Borring. O Contraditório Utilitarista. *In:* **Revista de Processo**. Ano 39. Vol. 229. Março 2014 (Tereza Arruda Alvim Wambier – coord).

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Notas sobre o contraditório no projeto do novo CPC.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI184362,81042-Notas+sobre+o+contraditorio+no+projeto+do+novo+CPC>. Acesso em: 11 set. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Clayton Reis
Pós-doutor em Responsabilidade Civil pela Universidade de Lisboa.
Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR.

Rua Padre Anchieta, 2050, cj. 2209
Curitiba/PR
CEP 80730-380
clayton@reisalberge.com

Guilherme Alberge Reis
Pós-Graduando no LLM em Direito Empresarial da Federação das Indústrias do Estado do Paraná.
MBA em Marketing pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).

Rua Padre Anchieta, 2050, cj. 2209
Curitiba/PR
CEP 80730-380
guilherme@reisalberge.com