

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PÓS-GRADUAÇÃO UFRGS

Aretê dos Santos Vargas

**A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E SEUS EFEITOS NA CONDUÇÃO DA
INSTRUÇÃO PROBATÓRIA**

Porto Alegre

2015

ARETÊ DOS SANTOS VARGAS

**A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E SEUS EFEITOS NA CONDUÇÃO DA
INSTRUÇÃO PROBATÓRIA**

Trabalho de conclusão do curso de
Especialização em Processo Civil da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Scarparo

Porto Alegre

2015

RESUMO

O trabalho tem por objetivo apresentar uma visão sobre os efeitos do princípio do contraditório, como direito das partes de exercer influência no resultado da demanda, na condução da instrução probatória. Para isso, será inicialmente apresentado o desenvolvimento do contraditório ao longo da história do direito processual e, a partir dessa análise, destacar as definições conceituais dessa garantia ao longo do tempo, dando enfoque à ideia de contraditório inspirado nos ideais do Estado Democrático de Direito. A partir dessa perspectiva, o trabalho se propõe a apontar alguns temas relativos a instrução do processo que sofrem interferência direta da concepção de contraditório forte e que, por consequência, exigem uma atuação jurisdicional envolvida com a busca de uma tutela efetiva e justa.

Palavras-chave: contraditório dinâmico – influência – deveres do juiz - direito à prova – não surpresa – busca da verdade.

ABSTRACT

The monograph aims to present an insight into the effects of the adversarial principle, as a right of the parties to influence the result of the demand in the conduct of evidential statement. For this, will initially presented the development of contradictory throughout history of procedural law and , from this analysis , highlight the conceptual definitions that security over time , focusing on the contradictory idea inspired by the ideals of the democratic rule of law. From this perspective, the study aims to point out some issues concerning the proceeding who suffer direct interference of strong contradictory design and therefore require a judicial action involved in the search for an effective and fair protection.

Keywords: dynamic contradictory - influence - judge's duties - right to the prove - no surprise - the search for truth.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO	
2.1. PANORAMA HISTÓRICO	6
2.2. A VISÃO TRADICIONAL DO CONTRADITÓRIO E SUA REDEFINIÇÃO	10
2.3. O CONTRADITÓRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	13
3. A INFLUÊNCIA DA IDEIA DE CONTRADITÓRIO FORTE NA CONDUÇÃO DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO	16
3.1. O DIREITO DA PARTE À PROVA	18
3.2. A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO	25
3.3. VEDAÇÃO AO JULGAMENTO SURPRESA	30
4. CONCLUSÃO	35
REFERÊNCIAS	38

1. INTRODUÇÃO

As garantias fundamentais do processo, tendo como raiz a dignidade humana, conferem a cada pessoa o que se denomina “status active processualis”. Assim, representam em seu conjunto, o direito a uma proteção jurídica efetiva. Conclui-se disso que é a Constituição, a partir dos direitos fundamentais, que definirá a tutela dos direitos a serem observados no curso da demanda.

Nessa ótica, o processo deve ser visto como o instrumento para efetivação do direito constitucional processual, tendo como fim último a realização da justiça e a pacificação social. Assim, para que os objetivos do processo sejam alcançados e ao final seja concretizada uma jurisdição efetiva, imprescindível a integral atenção dos sujeitos processuais às diretrizes constitucionais na condução da lide.

Para a efetivação dos resultados almejados pelos ideais constitucionais democráticos, no entanto, necessário que se priorize uma nova leitura do processo, bem como da sua condução. Pelas diretrizes constitucionais impostas, torna-se incompatível a ideia de jurisdição efetiva com a antiga visão estática do processo, na qual era observada a mera regularidade formal do processo.

E a dinamicidade do processo cujo objetivo é a efetividade da jurisdição tem como forte alicerce o princípio do contraditório, o qual, não obstante renitente em toda a história do direito processual civil como mais adiante se verá, acaba por adquirir nesse contexto constitucional novas definições com o fim de garantir a proteção das partes a partir da realização de uma atividade instrutória equilibrada, impessoal e colaborativa.

Muito embora em muitos momentos da história do direito processual ao contraditório não foi conferida a importância devida, na atualidade, trata-se esse direito fundamental de essencial ferramenta para a consecução de uma tutela jurisdicional efetiva, consubstanciada em um processo formado a partir do diálogo e da colaboração dos sujeitos processuais.

A correta visão do processo pautado pelas diretrizes constitucionais, portanto, passa diretamente pela análise do princípio do contraditório, a partir do estudo de seus conceitos ao longo da história, bem como das visões e (re)definições do seu conteúdo empregadas no direito contemporâneo.

E essa nova leitura dinâmica da garantia constitucional do contraditório tem consequências diretas na condução da instrução probatória. Diversos são os encargos atribuídos ao julgador afim de que se assegure às partes do processo a tutela de seus direitos processuais e, por consequência, a participação de todos os interessados na formação na causa posta em juízo, com o fim de garantir a promoção de uma decisão justa e efetiva.

O presente trabalho busca, portanto, apresentar uma evolução histórica do desenvolvimento do contraditório e, a partir dessa análise, traçar uma conceitualização dessa hoje garantia processual, sem deixar de contextualizá-la na perspectiva do direito processual civil brasileiro, trazendo, por fim, uma visão crítica de como as visões e definições do conteúdo do contraditório vem sendo empregadas no direito contemporâneo do país, pontuando-se, por fim, algumas consequências diretas que a nova leitura da garantia do contraditório impacta sobre a condução da instrução probatória no curso da demanda.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO

2.1. PANORAMA HISTÓRICO

Historicamente, o princípio do contraditório sempre foi considerado um dos pilares essenciais do processo ocidental, conformado, no entanto, às circunstâncias e valores de cada época¹, uma vez que integrado a uma ordem processual influenciável pela cultura da sociedade onde está inserida².

No direito romano, o contraditório era obrigatório. Não bastava a intimação do demandado, sendo impositiva sua participação, de tal maneira que o procedimento não se instalava sem a presença do requerido. Conforme ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o juiz romano mostrava-se incapaz de promover o julgamento de quem voluntariamente se recusasse a comparecer em juízo, se a força física do autor não fosse suficiente para tanto”.³

A própria lógica do processo é a lógica da dialética, do discurso. O processo é algo construído não só pelo pretor, mas também pelas próprias partes. O julgador não teria condições de decidir o pedido formulado pelo autor sem antes de notificar o réu e dar a este o direito de manifestar-se⁴. Não se via a solução pelo caso concreto como algo imposto, mas sim como algo construído pelas partes.

Para tanto, o contraditório somente se efetivava se o demandado voluntariamente submetesse-se à demanda⁵, pois não havia como formular uma decisão final sem que se proporcionasse o contraponto de ideias entre autor e réu. “Nesse estágio mais recuado, o juiz romano mostrava-se incapaz de promover o

1 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p.669.

2 *Idem*. Do formalismo no processo civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.92-97

3 *Idem*. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p. 667

4 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n.24, mar. 2005, p. 71.

5 Explica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “no antigo direito germânico, não se dispunha de outro meio contra o demandado rebelde senão o de lhe obrigar, empregando medidas de proscricção, a fazer as pazes com o Estado ofendido, ou embargando seus bens como garantias de seu comparecimento. Este cenário só passou a mudar quando o pretor introduziu medidas de coerção como a *missio in bona*, a instar o comparecimento renitente”. *Ibidem*, p. 668

juízo, se a força física do autor não fosse suficiente para tanto”.⁶

Já no processo comum europeu, o princípio do contraditório, como audiência bilateral, é considerado um fundamento do direito natural intrínseco ao processo judicial.⁷ Nessa ideia, “o contraditório possuía como primeira regra de sua aplicação a compensação em relação às várias formas de desigualdade existentes no processo, levando, inclusive, em consideração as circunstâncias referentes à capacidade dos defensores”.⁸

Desse modo, a garantia do contraditório, intimamente ligada à busca da verdade, impunha a igualdade de tratamento entre as partes e, conseqüentemente, a compensação de forças entre os litigantes.⁹ Ao juiz caberia velar pela paridade de armas entre autor e réu, mitigando as diversas formas de desigualdades existentes no processo.¹⁰ “O contraditório representa um único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita”.¹¹

É no século XVI que iniciam as alterações de rumo dessa visão, buscando-se “incorporar ao Direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*”.¹² É a partir da estatização do processo que tudo se potencializa, momento em que o monopólio da

6 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p.668.

7 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n.24, mar. 2005, p. 71.

8 JUNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, fev. 2009, p. 111

9 *Ibidem*, p. 111

10 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n.24, mar. 2005, p. 72

11 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p.668.

12 *Ibidem*, p. 668.

jurisdição passa às mãos do príncipe. É o que a doutrina chama de ordem assimétrica. Nesse período verifica-se uma fragilização da igualdade das partes, bem como um esvaziamento do contraditório, reduzindo-o a uma regra mecânica de direito de ser ouvido.

O positivismo jurídico diminui o papel do contraditório. É um momento de desvalorização do contraditório, considerado agora tão somente um meio (*contraposição de teses*) e não um fim em si mesmo (*exaurimento da função axiológica do contraditório*).

Importante as considerações destacadas por Humberto Theodoro Jr. e Dierle José Coelho Nunes sobre o tema, as quais se transcreve:

Os movimentos reformistas do sistema processual, iniciados no final do século XIX, demonstram uma nítida tendência de transição desse processo liberal, escrito e dominado pelas partes para um processo que segue as perspectivas da oralidade e do princípio autoritário, com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual.

(...)

Essa visão permitiu um acentuamento dos poderes judiciais com a atribuição da direção do processo por parte do juiz (richterliche Prozessleitung) entendida não somente no aspecto formal (formelle Prozessleitung), de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (materielle Prozessleitung) ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do júízo sobre o mérito.

Dentro dessa breve reconstrução, em que a exaltação do papel ativo do juiz foi elevada ao extremo, chegou-se a crer nos anos 30 do século passado, que a falta do contraditório (a falta da cooperação das partes) não impedia a obtenção de uma decisão justa.¹³

É no segundo pós-guerra que o contraditório ganha uma perspectiva. A garantia do processo em contraditório está inserido em uma revalorização da

13 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, fev. 2009, p. 113-114.

democracia e, conseqüentemente, em uma retomada da construção do processo a partir da colaboração das partes.¹⁴

Concluem os autores acima citados nesse ponto:

*O processo, - que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz -, passa em um estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir em efetivo diálogo e comunidade de trabalho (Abeitsgemeinschaft) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para a fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.*¹⁵

Nessa perspectiva, ressurgue o enfoque no diálogo entre os sujeitos do processo, pautado na colaboração e cooperação das partes juntamente com o órgão jurisdicional, restabelecendo a ideia de um processo justo e democrático.¹⁶

Como preleciona Leonardo Greco, a partir da segunda metade do século XX, instaura-se o que o autor chama de *contraditório participativo*, pautado na faculdade das partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, bem como no dever do juízo envolver essas partes em um diálogo construtivo, para a construção de uma solução justa para a causa.¹⁷

É nesse momento que a constitucionalização dos princípios ganha destaque. Esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que o excesso de formalismo dos

14 Explica Leonardo Greco que, após nefastos regimes autoritários, o Estado Democrático de Direito foi reconstruído, redefinindo suas relações com os cidadãos a partir do primado da dignidade humana e da eficácia concreta dos direitos fundamentais, assegurada no amplo acesso à tutela jurisdicional. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n.24, mar. 2005, , p. 72.

15 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168 , fev. 2009, p. 114.

16 ALVARODE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p.669.

17 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n.24, mar. 2005, p. 73.

códigos processuais influenciados por ideologias autoritárias reduziram a participação democrática dos sujeitos do processo. Contudo a *emergência dos princípios* acabam por sobrepor as simples regras infraconstitucionais, dando lugar de destaque aos agora considerados direitos fundamentais processuais. “Essa mudança de paradigma introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, mas em contrapartida determina uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico”.¹⁸

2.2. A VISÃO TRADICIONAL DO CONTRADITÓRIO E SUA REDEFINIÇÃO

Percebe-se dessa análise da evolução histórica do contraditório a existência de distintas visões sobre o seu conteúdo e sua influência no processo.

Na visão clássica, o contraditório limita-se ao direito de ser ouvido¹⁹, ou seja, é a mera ciência bilateral dos atos e a possibilidade de reação. Nesses termos, para a efetivação do contraditório, caberia ao juízo, simplesmente, disponibilizar às partes o direito de ser informado sobre os atos e termos processuais e proporcionar-lhes a possibilidade de falar a respeito dos mesmos.²⁰

Trata-se de uma visão meramente formal do princípio do contraditório, em que uma decisão não pode ser proferida contra alguém sem que lhe tenha dado direito de participar. Relega-se, desse modo, ao contraditório uma concepção estática, restrita ao direito de bilateralidade da audiência, limitado ao binômio informação-reação. “Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente.”²¹

18 ALVARO DE OLIVEIRA A. Carlos Alberto; Do formalismo no processo civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117-118.

19 CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a bo-fé processual objetiva. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, v. 30, n.126, ago 2005, p. 60.

20 JÚNIOR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, volume 1. 8 ed. Bahia: Editora Podivm, 2007, p. 43.

21 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, fev.

Resume-se essa dimensão formalista ao direito de manifestar-se contrariamente ao argumento oponente, sem, contudo, ser dada a garantia de que suas argumentações sejam levadas a efeito para a formação do convencimento do juízo. O juiz, portanto, não está inserido no contraditório. A decisão deve ser coerente com ela mesma, não havendo um dever de considerar os fundamentos trazidos pelas partes, frustrando, nesse aspecto, a concepção democrática do processo e os ideais constitucionais operantes.

A doutrina moderna, no entanto, dá uma nova redefinição ao princípio do contraditório, que não é circunscrito a *bilateralidade da instância*, mas alcança o direito de “envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial”. É o que Daniel Mitidiero define como a dimensão ativa do contraditório.²²

Assim, na prática de países como Itália Espanha e Alemanha há uma nova definição para o direito ao contraditório, sem, contudo, eliminar-se as funções informação-reação. A essas, acresce-se um terceiro momento: o direito de influência na decisão. Postada sob o ângulo do juiz, essa influência se verifica na forma de consideração. É dever do juiz considerar de modo efetivo àquilo que foi manifestado por ambas as partes.

Trata-se de uma concepção democrática do contraditório. Como bem ressalta Daniel Mitidiero, “o contraditório deixa de ser uma norma de igualdade formal para assumir um papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um 'ato de três pessoas', como um autêntico ambiente democrático e cooperativo”.²³

Nessa visão substancial do contraditório, portanto, o processo deixa de ser um monólogo, cabendo ao juiz interagir com os interessados na causa e possibilitar o direito a esses de intervir de forma construtiva e colaborativa no andamento do

2009, p. 117.

22 MITIDIERO, Daniel Francisco. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a impropriedade liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. Revista de Processo, v.32, n.144, fev. 2007, p. 108.

23 *Ibidem*, p. 109.

processo e, conseqüentemente, em seu resultado final,²⁴ efetivando a concreta participação daqueles que sofrerão os efeitos da decisão.²⁵

Como bem esclarece Antônio do Passo Cabral, “o resultado do ato de poder jurisdicional legitima-se se exercido dentro dos ditames da legalidade do procedimento com a participação dos sujeitos envolvidos no conflito. O exercício do poder não pode ser arbitrário e sua legitimação decorre do procedimento participativo.”²⁶

Nesse contexto, para a efetivação de um contraditório forte exige-se uma redefinição do dever de motivação das decisões.

No contraditório fraco (informação-reação), a motivação se resume na mera coerência interna da decisão (ausência de contradição interna). Na visão de contraditório forte, por sua vez, há o dever de consideração (ou, o direito da parte ver seus argumentos considerados). “É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões”.²⁷ A fundamentação adquire um novo significado, impondo a coerência externa da decisão (motivação extrínseca).

A fundamentação, portanto, passa a ser vista como o banco de provas do contraditório. É pela motivação que se verifica se o juiz considerou os argumentos produzidos pelas partes e se a decisão tem coerência com as provas produzidas nos autos. No processo em diálogo, o discurso jurídico deve ser *racionalmente estruturado e coerente*. A motivação tem por fim ampliar as condições para a

24 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.20, n.59, nov. 1993, p. 309.

25 MITIDIERO, Daniel Francisco. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. Revista de Processo, v.32, n.144, fev. 2007, p. 109.

26 CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a bo-fé processual objetiva. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, v. 30, n.126, ago 2005, p. 60.

27 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, fev. 2009, P. 135.

aceitação da decisão.²⁸

Outro aspecto da influência seria a proibição da decisão surpresa. É necessário promover o diálogo efetivamente para que não ocorram decisões surpresas.²⁹ Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não tenha apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim a melhor defender seu direito de influenciar a decisão judicial”.³⁰ É dever do tribunal possibilitar previamente o conhecimento das partes as questões jurídicas que encontram-se expostas a risco.³¹

Portanto, a partir dessa visão democrática do contraditório, não há como restringi-lo a uma ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de reação aos mesmos. Imprescindível que sua formatação alcance os provimentos judiciais, de modo que seja garantido a cada uma das partes conhecer “as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão jurisdicional a tomar determinada decisão.”³²

2.3. O CONTRADITÓRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antônio do Passo Cabral lembra que as primeiras constituições brasileiras não se preocuparam em consagrar o direito do contraditório, ganhando assento constitucional apenas na Carta de 1937 (art. 122, § 11).³³ Nessa constituição e nas

28 MITIDIERO, Daniel Francisco. Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Revista dos Tribunais, 2013.

29 Essa, aliás, é a visão do novo Código de Processo Civil, como pode ser percebida pela leitura dos artigos 10 (*Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício*).

30 ALVARODE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p. 671.

31 TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.7, n.38, set./out. 2010, p. 10.

32 ALVARODE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p. 672.

33 CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a bo-fé processual objetiva. Revista de

cartas posteriores, contudo, o contraditório é visto como garantia exclusiva do processo penal, tratando-se de uma visão restritiva do princípio do contraditório.

É na Carta Constitucional de 1988 que o contraditório ganha uma feição mais ampla, tratando-o não apenas como um princípio, “mas como garantia de eficácia concreta dos direitos fundamentais, característica não só do processo judicial, mas também do processo administrativo, conferindo uma dimensão jamais alcançada ao princípio político da participação democrática”.³⁴ A ordem constitucional formata o contraditório como um dos pilares da garantia ao processo justo tanto nas causas cíveis, quanto no processo administrativo (*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios de recursos a ela inerentes*).

Quanto à legislação processual infraconstitucional, vê-se que, de início, o Código de Processo Civil de 1973, até porque anterior a previsão constitucional, não consagra, de forma explícita, garantias processuais, nem inclui o direito ao processo em contraditório.

Posteriores reformas iniciadas em 1994, no entanto, procuraram produzir um diálogo da legislação processual com a Constituição atual.³⁵

Não obstante a inexistência de dispositivo explícito no Código de Buzaid quanto ao contraditório, entendem Humberto Theodor Jr e Dierle José Coelho Nunes que é possível, a partir de uma leitura sistemática da legislação vigente, constatar-se o comprometimento desta com a garantia do contraditório. A exemplo disso, destacam os autores a previsão do art. 327 do CPC.³⁶

O novo Código de Processo Civil sancionado em 16 de março de 2015 (Lei nº

Processo, Revista dos Tribunais, v. 30, n.126, ago 2005, p. 59.

34 GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n.24, mar. 2005, p. 72-73.

35 Exemplo disso é a redação dada pela Lei nº 8952/ 1994 ao art. 273, consagrando o direito fundamental à tutela efetiva e adequada

36 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, fev. 2009, p. 139-141.

13.105), por sua vez, propõe uma composição substancial com a matiz principiológica constitucional. Inúmeras são as normas norteadas pela garantia do contraditório. A exposição de motivos do projeto elucida a visão da nova legislação processual quanto ao tema.

A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual.

Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.

Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório.

Como regra, o depósito da quantia relativa às multas, cuja função processual seja levar ao cumprimento da obrigação in natura, ou da ordem judicial, deve ser feito logo que estas incidem.

Não podem, todavia, ser levantadas, a não ser quando haja trânsito em julgado ou quando esteja pendente agravo de decisão denegatória de seguimento a recurso especial ou extraordinário.

Trata-se de uma forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal, em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material.

A exemplo desse aprimoramento do princípio do contraditório³⁷ na lei processual, destacam-se os artigos 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*), 9º (*Não se proferirá sentença ou*

37 TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.7, n.38, set./out. 2010, p. 8.

decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida) e 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 que decidir de ofício) do texto aprovado.

Vê-se, da leitura dos textos legais, a busca pela concretização da norma constitucional, definindo-se a ideia de um contraditório forte (substancial), a partir da previsão legal ao direito de influência na formação do juízo, bem como ao dever de embate.

3. A INFLUÊNCIA DA IDEIA DE CONTRADITÓRIO FORTE NA CONDUÇÃO DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

A partir dessa leitura dinâmica da garantia constitucional do contraditório, a função do juiz na condução da instrução do processo ganha novos contornos. Cabe ao julgador promover a participação de todos os interessados na formação na causa posta em juízo. Mas essa participação não se limita ao seu aspecto formal. Tem por fim possibilitar que os sujeitos do processo intervenham de forma permanente e efetiva, através de um “exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como na necessidade de submissão aos controles e reações alheias”.³⁸ Trata-se de uma nova leitura do processo cujos alicerces são diálogo judicial e a cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes.³⁹

A integração do processo às dimensões constitucionais não mais dão margem ao autoritarismo judicial. “A vontade do juiz não é mais soberana”, uma vez que a atividade das partes e o novo sistema condicionam a atuação processual do julgador para uma nova forma de atuação, na qual os objetivos principais são a manutenção da igualdade entre as partes e a descoberta da verdade para a garantia da

38 ALVARO DE OLIVEIRA A. Carlos Alberto; Do formalismo no processo civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.158.

39 ALVARO DE OLIVEIRA A. Carlos Alberto; Do formalismo no processo civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.191

realização da justiça.⁴⁰

Como bem assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques”.⁴¹

É portanto a atividade instrutória que tornará concreto o ideal de justiça buscado pelas partes. E para que sua atuação não se mostre parcial, arbitrária ou desarrazoada, necessária que a condução da instrução processual seja formatada pelos princípios constitucionais e todas as garantias que deles advêm. E quanto mais bem ampara a decisão em uma instrução probatória robusta, pautada pelo contraditório dinâmico, desenvolvido a partir do diálogo entre os sujeitos do processo, maior será o convencimento das partes na solução dada ao litígio levado a juízo e com mais efetividade se alcançará a segurança jurídica almejada.

Não obstante o incremento dos poderes do juiz na condução do processo desenvolvido em um Estado Democrático de Direito, é de se notar que em equivalente proporção estão os seus deveres. Aliás, para que se alcance a desejável amplitude da garantia do contraditório necessário que esta igualmente alcance a figura do juiz. “Proposta a demanda e delimitados os seus contornos essenciais, constitui dever do juiz controlar o rápido, regular e leal desenvolvimento do processo”.⁴²

Cabe ao julgador proporcionar às partes a correta informação sobre suas iniciativas, com o fim de promover “um espaço de discussão em contraditório, no qual deve haver a expansão da institucionalização do esclarecimento judicial a cada etapa do procedimento”.⁴³ Igualmente, é dever do juiz preservar as garantias

40 *Ibidem*, p.158

41 *Ibidem*, p.159

42 *Idem*. O juiz e o princípio do contraditório. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.20, n.59, nov. 1993, p. 310

43 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O Processo justo e contraditório dinâmico. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, v. 6, n. 33, p. 70.

processuais das partes, trabalhando para a manutenção do equilíbrio entre elas e proporcionando um ambiente processual que garanta que a instrução do processo produzirá frutos para uma decisão justa e efetiva, pautada na verdade e na colaboração dos sujeitos processuais. E, ainda, caso o julgador verifique que a atuação probatória realizada pelas partes não produzirá o necessário embasamento para a solução da lide, caberá também ao julgador assumir os meios probatórios, nos limites da causa, para se alcançar o resultado efetivo da demanda.⁴⁴

A visão constitucional do processo exige, portanto, essa dinâmica na condução da instrução probatória, não se permitindo nem a condução do processo por um juiz arbitrário e autoritário, nem a dominação total pelas partes, de modo a alcançar “o exercício da cidadania dentro do processo”, a partir da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, proposto a investigar a verdade e alcançar a justiça.⁴⁵

Sob o enfoque dessa perspectiva, há que se destacar relevantes questões envolvendo a instrução do processo, as quais adquirem grande importância a partir da leitura de um processo dinâmico consolidado na ideia do contraditório.

3.1. O DIREITO DA PARTE À PROVA

Como um derivativo dos direitos do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa consagrados na Constituição⁴⁶, é também o direito à prova um direito fundamental garantidor da formação de um processo justo.

Aliás, estreita é a relação entre a garantia do contraditório e o direito à prova. Esclarece Luiz Guilherme Marinoni sobre o tema:

44 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.20, n.59, nov. 1993, p. 310

45 *Idem*. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. Revista AJURIS, Porto Alegre, v.90, p. 64

46 Fredie Didier Jr. destaca que é possível identificar o direito à prova não só como um direito implícito, derivado das garantias processuais constitucionais, mas também como um direito constitucional implícito, externo à Constituição, no momento em que se trata de direito expressamente previsto em dois tratados internacionais recepcionados pelo sistema brasileiro, quais sejam, o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (JÚNIOR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, volume 2. 2 ed. Bahia: Editora podivm, 2008, p.25).

(...)o objetivo central da garantia do contraditório não é a defesa entendida em sentido negativo, isto é, como oposição ou resistência ao agir alheio, mas sim “influência”, entendida como Mitwirkungsbefugnis (Zeuner) ou Einwirkungsmöglichkeit (Baur), ou seja, como direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda. De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra Vigorriti, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações tornou clara a influência das normas em termos de prova sobre direitos garantidos pelo due process of law. A mesma conexão impõe o reconhecimento, em nível constitucional, de um verdadeiro e próprio direito à prova (right to evidence) em favor daqueles que têm o direito de agir ou de se defender em juízo.⁴⁷

Assim, é direito da parte que a ela seja oportunizado apresentar todos os elementos probatórios, pertinentes e adequados, que amparem suas alegações e que sejam relevantes para o alcance da justa solução do litígio.

E para que o direito à prova alcance seu fim, não basta que à parte seja garantida o direito de juntar a prova aos autos do processo. Como bem observa Danilo Knijnik, “o denominado “direito de agir em juízo” não se exaure no direito subjetivo de obter um provimento judicial qualquer ou em movimentar a máquina judiciária, compreendendo uma 'atividade judicial mínima, dirigida à tutela de uma posição substancial de vantagem (...), envolvendo conteúdos ativos e positivos', dentre os quais um procedimento probatório adequado”.⁴⁸

Nessa perspectiva de um processo amparado em diretrizes constitucionais, “o direito de produzir prova engloba o direito à adequada oportunidade de requerer sua produção, o direito de participar da sua realização e o direito de falar sobre os seus resultados”. Só assim será dada a devida efetividade a esse direito, de modo a garantir seu máximo potencial instrutório, oportunizando às partes influir para a

47 MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas de processo civil. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258-259

48 KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 7

solução da lide.⁴⁹

Portanto, oportunizar constantemente a manifestação das partes permitindo sua atuação na condução do processo, de modo a permitir que as mesmas influenciem na formação da prova, é a verdadeira fonte de legitimação do processo, uma vez que são as partes os sujeitos com as melhores condições de informar quais as provas são as que servem para o deslinde da demanda.⁵⁰

Há que se destacar, contudo, que o direito à prova não se consubstancia como direito absoluto. O direito de provar tem como limitadores a controvérsia, a pertinência, a relevância e a admissibilidade jurídica da prova.

Não havendo controvérsia sobre os fatos alegados, a solução será dada através da aplicação do direito.⁵¹ Limitando-se a discussão entre as partes acerca das consequências jurídicas a que estão sujeitos os fatos que originaram a demanda, desnecessária a produção de provas em obediência à efetividade da jurisdição.

Quanto à pertinência e relevância, na lição de Marinoni e Arenhart, pertinente é a prova sobre fato não estranho ao mérito da causa, ou seja, aquele que possui “relação com o fato constitutivo ou com o fato representativo” da demanda. Já a prova relevante é a prova que, além de relevante, tem condições de influenciar no julgamento da lide.⁵²

Sérgio Mattos complementa o conceito de prova relevante: “*meios de prova relevantes* são todos aqueles que podem oferecer uma base cognitiva para estabelecer a verdade de um fato litigioso, isto é, uma informação sobre tal fato que seja *superior a zero*. (...). No juízo de relevância, o juiz deve verificar, por meio de um raciocínio hipotético, se a prova é capaz de oferecer uma informação útil para

49 JÚNIOR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, volume 2. 2 ed. Bahia: Editora podivm, 2008, p.24-25

50 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 87.

51 JÚNIOR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, volume 2. 2 ed. Bahia: Editora podivm, 2008, p.45

52 MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, 7 ed., volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.240

estabelecer a verdade de um fato litigioso. Se a conclusão desse raciocínio hipotético for positiva, a prova será relevante. Se a conclusão for negativa, a prova será irrelevante e, por essa razão, o juiz deverá indeferi-la”.⁵³

Não obstante a pertinência e relevância da prova, necessário, ainda, que sejam observadas as determinações jurídicas quanto à admissibilidade da prova. Assim, é possível que haja a previsão em uma norma jurídica da inadmissibilidade de determinada prova. Sérgio Mattos traz como exemplo a regra do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal Brasileira que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.⁵⁴

Em outro aspecto, a prova é o meio pelo qual é possibilitado ao juízo conhecer os fatos que dão suporte às pretensões em litígio. Por essa perspectiva, a produção da prova, além de configurar-se como um direito da parte, igualmente é vislumbrada como um dever do julgador, de modo que “nenhuma discricionariedade existe nessa matéria”.⁵⁵

É neste contexto que deve ser analisada a questão da inadmissibilidade da prova sob o argumento do (antecipado) convencimento do juiz sobre o que se pretende provar.

E para que seja realizada a adequada investigação sobre o tema, necessário que se faça uma correta distinção entre dois momentos da instrução processual: o da admissão da prova (juízo de admissibilidade da prova) e o da valoração da prova (juízo do livre convencimento).

Como bem destacado por Daniel Mitidiero, “a admissão da prova deve ser apreciada sobre bases objetivas, tendo por referencial as alegações de fato controversas, pertinentes e relevantes a provar”. Portanto, somente caberá o

53 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio, In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 448.

54 *Ibidem*, p. 449.

55 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 80, p. 71-85, novembro 2009. / v.6 n.33

indeferimento da prova que se remete a fatos inúteis, irrelevantes ou desnecessários para a revelação de fatos relevantes para a solução da lide⁵⁶. Igualmente, será inadmissível a prova protelatória, “quando o intuito manifesto da parte é o atraso no trâmite do processo”⁵⁷

Verificada que a prova requerida pela parte trata-se prova relevante, adequada e pertinente, inviável sua vedação pelo juízo, uma vez que a avaliação sobre a admissibilidade da prova não deve passar por “juízo pessoal de conveniência e oportunidade do julgador”. Qualquer limitação a produção de prova necessário à instrução processual caracteriza-se como evidente cerceamento de defesa⁵⁸ e limitação ao caráter democrático do processo civil.⁵⁹

Aliás, o juízo de admissibilidade é uma exigência advinda do próprio princípio da economia processual, uma vez que para uma jurisdição efetiva, preocupada com a duração razoável do processo, não se concebe a ideia perder tempo e consumir a máquina pública com a produção de provas inúteis.⁶⁰

Diferente situação é a do momento da valoração da prova, em que o julgador realiza seu convencimento a partir das provas produzidas dentro do processo.⁶¹ É o juízo de convicção formado a partir da análise do resultado da instrução probatória promovida no curso da demanda.

Esclarece Sérgio Mattos que a valoração da prova está “sujeita a 'critérios de racionalidade', os quais servem como um sistema de controle da valoração da prova. Necessária a reprodução dos critérios indicados pelo doutrinador:

56 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 80, p. 71-85, novembro 2009. / v.6 n.33

57 MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. São Paulo : RT, p. 146

58 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 80, p. 71-85, novembro 2009. / v.6 n.33

59 MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. São Paulo : RT, p. 146-147

60 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio, In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 448

61 JÚNIOR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, volume 2. 2 ed. Bahia: Editora podivm, 2008, p.42

“A partir daí, distinguem-se, pelo menos, três critérios de valoração das provas: o standart da preponderância da prova (preponderance of evidence), utilizado nos processos cíveis em geral, segundo o qual deve prevalecer a versão dos fatos mais provável, isto é, que receba um grau relativamente maior da confirmação à luz das provas produzidas; o standart da prova clara e convincente (clear and convincing evidence), um standart mais rigoroso que o anterior, empregado em processos cíveis nos quais estejam em jogo direitos ou interesses não meramente patrimoniais, a exigir que a versão dos fatos acolhida pelo juiz seja altamente provável, isto é, que receba um grau de elevado de confirmação à luz das provas produzidas; e o standart da prova além de toda a dúvida razoável (proof beyond any reasonable doubt), aplicável no processo penal, consoante o qual o acusado só pode ser condenado quando os fatos delituosos a ele imputados recebam um grau altíssimo de confirmação probatória, praticamente equivalente à certeza, por uma 'razão moral fundamental', a saber 'é preferível que muitos culpados sejam absolvidos ao risco de condenar-se um inocente'. No direito norte-americano, aliás, entende-se que este último standart goza de status constitucional, sob a proteção da garantia due process oh law.”⁶²

Vê-se, portanto, que para que seja possível a formação do juízo de convicção, necessário que seja oportunizado previamente a produção da prova. Portanto a admissão da prova é pressuposto para que se alcance a fase de valoração da prova. Disso se conclui que a admissão e a valoração são fases diversas do *ciclo probatório* que ocorrem a partir da apreciação de distintos critérios.⁶³

Nesse ponto importante a lição de Danilo Knijnik a respeito da diferenciação entre admissibilidade da prova e livre convencimento:

“Na verdade, se se quiser construir um direito probatório de corte racional, a distinção dos planos é fundamental e deve ser mantida firme. A questão do juízo de admissibilidade de meio de prova nada diz com o livre convencimento do julgador. Tampouco pode ser qualificada como uma simples questão de fato. Ao contrário, o juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito, e é preliminar a entrada em funcionamento do princípio do livre convencimento. Somente depois de afirmada a admissibilidade de uma prova, ou seja, selecionadas as provas que poderão ser acessadas pelo julgador e pelas partes, é que se passa a sua avaliação, medida no plano da convicção judicial e, aí sim, à luz do livre convencimento, não antes. De outra parte, uma vez utilizada pelo julgador, indevidamente, na formação da sua livre convicção, prova que era inadmissível, o procedimento será juridicamente viciado, porque a ideia segundo a qual seria possível

62 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio, In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 453-454

63 *Ibidem*, p. 454

*verificar a existência de elementos independentes na fundamentação demonstra-se irrealizável e até mesmo contrária ao próprio princípio da persuasão racional.*⁶⁴

Não obstante a visível distinção entre essas atividades, a jurisprudência brasileira, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, contrariamente aos ensinamentos dessa doutrina, é no sentido de que possível o indeferimento da prova sob o único fundamento de que já formada a convicção do juízo. Assim, entendem os tribunais que, sendo o juiz o destinatário da prova, a ele é facultado determinar as provas úteis à instrução do processo, a partir do seu livre convencimento.⁶⁵

Clara a confusão conceitual na formação do raciocínio jurisprudencial que ora se apresenta. A admissibilidade da prova em nada tem a ver com o livre conhecimento do julgador, mas tão somente com o *thema probandum* relativo ao contexto em que a prova será produzida, ou seja, a aferição da admissibilidade probatória ocorre sobre o tema, o objeto e a licitude da prova. Assim, “tendo o meio probatório postulado nexos objetivos com o objeto da prova, tem o órgão jurisdicional de admiti-la”, independentemente de eventual convicção judicial pré-existente.⁶⁶

Descabe, portanto, o indeferimento da prova relevante à solução do conflito e admissível juridicamente sob o argumento da convicção prévia do juiz acerca da verdade dos fatos. “Aqui, o deferimento da prova é um imperativo do direito à prova, posição jurídica fundamental inerente ao contraditório e ao devido processo legal (arts. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988), que compreende, entre outros, o direito à utilização de 'todos os meios (...) hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou defesa' (art. 332 do CPC)”.⁶⁷

Trata-se, pois, o direito à prova de um mecanismo de influência da parte

64 KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21

65 “O juiz é o destinatário da prova, devendo guardar adstrição ao seu livre convencimento sob o manto da persuasão racional, competindo-lhe determinar as provas úteis à instrução do feito, até mesmo ex officio, afastando as diligências que entender inúteis ou meramente protelatórias sem que, com isso, incorra em cerceamento de defesa.” (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1102672 /BA, 5ª Turma, julgado em 10/08/2010, Dje 06/09/2010).

66 MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. São Paulo : RT, p. 146

67 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o arbítrio, In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 455

sobre o convencimento do juízo, o que não se pode ver negado sob a argumentação de que o juiz é o destinatário da prova. A prova é produzida para a formação do juízo e não para fundamentar prévia convicção do juiz. Para tanto, a convicção deve ser produto da instrução do processo, que será formada por material probatório relevante, pertinente e legitimamente admitido, reconhecendo-se, assim, o direito da parte em participar e colaborar para a construção da solução da lide. Caso contrário, estará caracterizada autêntica denegação da justiça.

Necessário destacar-se, no entanto, que o direito fundamental à prova não garante às partes o “monopólio da instrução probatória”.⁶⁸ O processo conduzido à luz da ideia da colaboração deve ser pautado pelo debate entre todos os sujeitos processuais, de modo que todos os participantes assumam o compromisso com a busca da verdade para a promoção da efetiva tutela jurisdicional.

3.2. A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO

A partir do alinhamento do processo civil às diretrizes das garantias constitucionais e a incansável busca por um processo efetivo, torna-se incompatível a noção outrora evidenciada em que a solução do processo era fruto de um jogo entre as partes, observado por um juiz inerte, o qual se utilizava de meios probatórios tarifados, aleatórios e preconceituosos, saindo como vencedor aquele que houvesse apresentado a melhor prova⁶⁹ a despeito de seu superficial conteúdo, atribuindo-se a injustiça da decisão à falha dos litigantes.

Baseado na definição doutrinária de que o processo civil trabalhava com a *verdade formal*⁷⁰, não havia a preocupação com o completo esclarecimento dos

68 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Da iniciativa probatória do juiz no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76

69 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 80, p. 71-85, novembro 2009. / v.6 n.33

70 Como bem esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “durante algum tempo a doutrina processual tentou distinguir a forma pela qual o processo civil e o penal lidavam com o tema da verdade. Sustentava-se que o processo penal trabalhava com a verdade substancial, ao passo que o processo civil se satisfazia com a verdade formal. (...) Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando essa diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não tem particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a esse método de reconstrução dos fatos diverso daquele

fatos apresentados em juízo. A partir disso, decisões eram proferidas por meio da distribuição do ônus da prova e de ficções jurídicas previstas em lei⁷¹. Ao julgador não cabia a função de buscar pela verdade, ou melhor, não havia a preocupação com a construção dentro do processo do mais próximo possível da realidade, mas tão somente de valorar a prova apresentada, para que a imparcialidade não se visse violada.

Evidencia-se, assim, o impedimento de tratar o processo como mero instrumento privatístico. O processo possui hoje uma dimensão de interesse público, “cujo interesse na solução de mérito não é mais apenas das partes, mas, de modo geral, de toda a coletividade”⁷², que se vê representada pelo Poder Judiciário⁷³.

O processo não se limita à solução do conflito entre as partes, mas ganha uma função de ordem pública: a eliminação de litígios para a garantia da pacificação social. E nesse contexto, “o interesse em jogo é tanto das partes como do juiz, e da sociedade em cujo nome atua”. Por isso, não deve o julgador perder de vista que o interesse público por trás da sua atividade jurisdicional, uma vez que atua pela sociedade como um todo e, por essa razão, deve, em qualquer hipótese, ter como fim a busca por um provimento justo e efetivo, amparado nas garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito.⁷⁴

A tutela jurisdicional efetiva e adequada, nessa nova ordem, portanto, implica a construção da verdade do processo em diálogo, a fim de garantir a justiça na

adotado pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana – como família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais – pelo que totalmente despropositada a distinção de cognição entre áreas. (...) Realmente, falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcadana verdade, mas em uma não verdade. Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial), mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita, e, portanto, não condizente com a verdade.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-35.

71 HADDAD, Carlos Henrique. Verdade material e verdade formal: antiga distinção ou moderna concepção? . Revista CEJ, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 16, n. 56, p. 92

72 RAMOS, Guillermo Federico. Brevíssimos comentários acerca da busca da verdade real, sob o enfoque publicista do processo civil contemporâneo. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 22, p. 67.

73 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 80, p. 71-85

74 *Ibidem*, p. 71-85

decisão. O processo conduzido sob a égide dos preceitos constitucionais democráticos invariavelmente deve estar comprometido com o resultado da demanda. Manter-se o juiz na cômoda posição de condutor do processo, sem conceder-lhe a possibilidade de suprir a inatividade da parte é desvalorizar os esclarecimentos dos fatos e, por consequência, renunciar à verdadeira definição de justiça.

Na lição de Daniel Mitidiero, “a decisão será tanto mais justa quanto maior for a abertura do processo para a busca da verdade”. Ensina, ainda o autor que “a formação de uma decisão justa para as partes reclama a conjugação de critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referente às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado a juízo, à adequada verificação da verdade das alegações de fato formuladas pelas partes e à justiça da estruturação do processo”. Assim, “no plano atinente à adequada verificação das alegações de fato, ganha importância a colocação da verdade como objetivo de prova”.⁷⁵

Cabe ao julgador, nessa nova formatação do processo, diante da inexistência, incompletude ou contradição do que lhe é apresentado pelas partes, tomar a iniciativa probatória com o fim de conhecer a verdade que lhe auxiliará para a tomada da melhor e mais justa decisão.

Não se desconhece, por óbvio, que a verdade em sua forma absoluta é um ideal inalcançável⁷⁶. Como asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, “embora toda a teoria processual estejam conforme já visto, calcada na ideia e no ideal de verdade (como único caminho que pode conduzir à justiça, na medida em que é o pressuposto para a aplicação da lei ao caso concreto), não se pode negar que a ideia de se atingir, por meio do processo, a verdade real sobre determinado acontecimento não passa de mera utopia”.⁷⁷O que se pretende é a busca da verdade verificável dentro dos limites do processo, “em aproximação tanto

75 MITIDIERO, Daniel Francisco. Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Revista dos Tribunais, 2013

76 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 80, p. 71-85, novembro 2009. / v.6 n.33

77 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 36

quanto possível da ideia que leve ao conhecimento de uma certeza perseguida”⁷⁸.

O comprometimento dos sujeitos processuais no andamento do processo, portanto, deve ser com a busca do que poderia se conceituar definir de verdade qualificada, amparada no diálogo amplo e na liberdade de alegações e provas. Nas palavras de Marinoni e Arenhart, trata-se da “*construção da verdade*, legitimada pelo procedimento adotado, que deve ser o de uma argumentação em colaboração. As versões parciais apresentadas pelas partes somam-se ao papel ativo do juiz, em perfeito diálogo, na tentativa de construir (e não descobrir) uma verdade possível que guiará a aplicação da lei ao caso submetido ao Judiciário”. É a interferência entre os sujeitos no andamento do processo que permite a reconstrução dos fatos e a geração da verdade.⁷⁹

É exatamente pelo *espírito de servir à causa da verdade*⁸⁰ que a atividade instrutória toma uma posição essencial para a consecução do fim do processo, que é a justiça do caso concreto⁸¹. Na visão do processo consubstanciada em um Estado Democrático de Direito, incoerente seria a homologação judicial de uma inverdade construída a partir de uma relação processual, a qual foi baseada estritamente na busca de uma verdade formal. É a noção e a extensão do contraditório que regulará, portanto, o nível da argumentação e interação entre os sujeitos do conhecimento e estabelecerá, conseqüentemente, o grau de legitimação da construção da verdade⁸². Importantes as conclusões de Marinoni e Arenhart sobre os resultados da busca da verdade em contraposição à extensão do contraditório:

Assim, será possibilidade a aparência de verdade, captada apenas com base na argumentação unilateral (de uma das partes com o juiz), sem a efetivação do contraditório mínimo; baseia-se, exclusivamente, nas alegações de uma das partes, sem qualquer apoio em elementos concretos (provas), passando apenas pelo crivo do juízo precário do “quase”

78 HADDAD, Carlos Henrique. Verdade material e verdade formal: antiga distinção ou moderna concepção? . Revista CEJ, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 16, n. 56, p. 94

79 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 49

80 Ibidem, p.49

81 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto."Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica", Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35-51

82 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 48-49

intuitivo do magistrado. Já a verossimilhança (poder-se-ia chamar de stricto sensu, para diferenciá-la do gênero, que abrange todas as espécies) importa na aparência de verdade que se tem com base no contraditório limitado, ainda insipiente; pode-se equipará-la à noção de fumus boni iuris, típico da tutela cautelar. Por fim, a probabilidade, máxima apropriação da verdade ideal possível para o conhecimento humano, é aquela particularizada pelo procedimento com a garantia do contraditório pleno; o debate que constrói a cognição (a argumentação dialética) é completo, permitindo a total interação entre os sujeitos do conhecimento.

A adequada verificação das alegações de fato, confrontando e possibilitando a argumentação em colaboração entre os sujeitos do processo torna-se, portanto, “pressuposto ético inafastável da conformação do direito ao processo justo”.⁸³

Nessa perspectiva, é dever do juiz zelar pela instrução do processo, cabendo a ele conduzir a instrução probatória, sempre em participação com as partes, para alcançar a prova necessária para os esclarecimento dos fatos. Não cabe ao juiz substituir à parte, mas atuar de forma participativa, “servindo como equilíbrio na instrução processual”⁸⁴ com o fim de buscar o resultado útil do processo e, conseqüentemente, garantir a efetividade desejada à tutela jurisdicional buscada pelas partes.

E nada dessa atuação judicial implicaria em qualquer quebra com a imparcialidade ou a independência do juiz. O compromisso é exclusivamente com o cumprimento da sua função jurisdicional, através da restauração dos fatos por meio dos instrumentos probatórios existentes, conduzidos em contraditório. “Não se trata de o juiz servir como advogado da parte – atitude incompatível com a imprescindível imparcialidade da função judicial – mas de obter elementos de fato que façam luz sobre as alegações formuladas pelas partes e lhe permitam julgar com justiça”.⁸⁵ Não há efetiva justiça sem a participação ativa de todos os sujeitos na produção da prova.

83 MITIDIERO, Daniel Francisco. Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Revista dos Tribunais, 2013

84 RAMOS, Guillermo Federico. Brevíssimos comentários acerca da busca da verdade real, sob o enfoque publicista do processo civil contemporâneo. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 22, p. 70.

85 ALVARO DE OLIVEIRA A. Carlos Alberto; Do formalismo no processo civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.163

Aliás, “se a vedação em diligenciar na determinação das provas afetasse a imparcialidade do magistrado, de forma a prevalecer a suposta verdade formal, de igual maneira sua inércia na relevante produção probatória acarretaria lesão a um dos litigantes, que se veria prejudicado pela ausência de prova favorável a seu interesse.”⁸⁶ Desse modo, em hipótese alguma pode ser confundida a definição de imparcialidade com a de passividade do julgador no curso da demanda, uma vez que todas essas tratam-se de funções a ele conferidas pela própria lei.

Diante dessa perspectiva, inviável o julgamento fundamentado exclusivamente na insuficiência de provas. Se o juiz tem o dever não apenas de promover a adequada participação das partes na instrução do processo, mas também de atuar segundo os preceitos do contraditório, entendendo ele que o quadro probatório existente não lhe permite um julgamento justo, é sua responsabilidade promover as diligências necessárias para tanto antes da prolação da decisão e não apenas proferir um julgamento omissivo e passivo, sob pena de causar maior morosidade e incertezas no processo, uma vez que sua decisão será passível de anulação por tribunal superior em sede de recurso, sendo obrigado, posteriormente, a uma nova análise do caso após a (correta) reabertura da instrução probatória determinada por um juízo *ad quem*.

A busca da verdade, portanto, não pode ser encarada como uma prerrogativa do julgador, mas trata-se de uma garantia da jurisdição efetiva. É dever do juiz conduzir o processo de modo que tenha condições de proferir uma decisão justa e coerente com as provas produzidas no curso da demanda. O julgador deve sentir-se responsável em proferir um julgamento adequado e, para isso, deve estar comprometido em elucidar todas as questões fáticas necessárias em todo o curso da demanda, com a colaboração das partes, sob pena de afastar-se da verdade possível e limitar-se a alcançar a mera aparência de verdade.

Assim, o julgador deve estar comprometido com o justo, buscando a correta e melhor solução para o conflito, atentando sempre para o interesse das partes

86 HADDAD, Carlos Henrique. Verdade material e verdade formal: antiga distinção ou moderna concepção? . Revista CEJ, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 16, n. 56, p. 93

envolvidas. Esclarecedoras as palavras de Humberto Theodoro Jr. sobre o tema:

Os princípios constitucionais, filtrados pela técnica da ponderação, deverão de ser interpretados não apenas de forma racional, mas também de maneira eticamente justa, o que só será viável se o aplicador ponderar também os interesses dos litigantes em jogo no processo. Afinal a justiça que se espera de uma sentença não é a teórica e abstrata, é a concreta, a do caso dos autos, mais precisamente. É para ele que se há de dar a melhor aplicação possível dos princípios constitucionais pertinentes.

*É claro que o julgador não pode ignorar a regra e os princípios incidentes sobre o fato dos autos. Mas, pela técnica da ponderação, poderá equacioná-los com as peculiaridades do litígio, para interpretá-los e otimizá-los eticamente, vale dizer, da maneira mais justa possível.*⁸⁷

O processo, contudo, não pode estar pautado pela arbitrariedade judiciária. Toda a atuação do julgador deve ser limitada pela motivação dos atos e amparado pelo contraditório. “Se os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar as partes as iniciativas que pretende exercer, permitindo-lhes um espaço de discussão em contraditório, no qual deve haver a expansão e a institucionalização do esclarecimento judicial a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa.”⁸⁸

3.3. VEDAÇÃO AO JULGAMENTO SURPRESA

Se, por um lado é conferido ao juiz maiores poderes instrutórios, por outro exige-se do mesmo que propicie a participação de todos os atores processuais, permitindo um espaço de discussão em contraditório e uma efetiva influência na formação do julgamento. O acréscimo dos poderes do julgador não significa, nem pode ser fundamento para eventual redução das garantias de defesa das partes.⁸⁹ Portanto, na visão do processo cujo escopo é a justa composição do litígio, “o julgador detém poder para soberanamente emitir o provimento final que pacificará o litígio, mas não poderá fazê-lo senão depois de respeitado o debate pelo sistema do

87 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF: Senado Federal, v. 48, n. 190, t.1, p. 249

88 *Idem*. Processo justo e contraditório dinâmico. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, v. 6, n. 33, fl. 70

89 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, p. 124

contraditório”.⁹⁰

O processo em contraditório não se coaduna ao julgamento surpresa. Como bem assevera Daniel Mitidiero, “dentro de um processo organizado a partir da necessidade de colaboração é absolutamente indispensável tenham as partes a possibilidade de se pronunciar sobre tudo o que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto àquelas questões que o juiz pode apreciar de ofício”.⁹¹ Na mesma linha, esclarecedoras as palavras de Theodoro Jr e Dierle Nunes:

*Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Tudo o que o juiz decidir fora do debate já ensejado pelas partes corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda matéria apreciável de ofício.*⁹²

Trata-se de um dever-ônus imposto ao julgador de provocar de ofício o prévio debate sobre questões de fato, questões de direito e questões mistas determinantes para a solução da lide⁹³ e/ou cuja visão jurídica do magistrado seja diversa daquela apresentada pelas partes⁹⁴. É ínsito ao órgão jurisdicional os deveres de esclarecimento, prevenção e consulta⁹⁵, sob pena de tornar-se inválida a decisão caso não preservado o prévio debate entre os sujeitos processuais, ainda mais quando a omissão ao dever de advertir as partes ocorrer sobre ponto de fato ou de direito que constitui-se como premissa ou fundamento da decisão⁹⁶.

90 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF: Senado Federal, v. 48, n. 190, t.1, p. 257

91 MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. São Paulo : RT, p. 152

92 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168 , p. 125

93 *Ibidem* , p. 120-121

94 MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. São Paulo : RT, 152

95 *Ibidem*, p. 123-124

96 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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

Assim, é dever do juiz provocar o debate das partes sobre todas as questões controvertidas, ainda que se tratem daquelas passíveis de conhecimento de ofício. Não deve o juiz lançar mão do debate e surpreender as partes, desconsiderando o caráter dialético do processo.⁹⁷ Nessa esteira, “o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância, impondo a nulidade de provimentos toda a vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício.”⁹⁸

Vê-se, portanto, superada a limitada visão do processo como meio de fazer aplicar a lei ao caso concreto. “A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício de jurisdição. Para acima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”⁹⁹. Ao processo atribui-se “um bem maior, em que se reconhece e se valoriza, acima de tudo, a *instrumentalidade positiva do processo*.”¹⁰⁰

Nessa visão de processo amparado por garantias constitucionais, inassimilável que as partes sejam surpreendidas por decisões cujo fundamento jurídico não tenha sido previamente apercebido e discutido. É dever do julgador “dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição”.¹⁰¹

Não se pode olvidar, contudo, que a questão vai além do interesse das partes. Trata-se de interesse público a solução amadurecida da causa levada a juízo

aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n.168, p. 125

97 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF: Senado Federal, v. 48, n. 190, t.1, p. 247

98 JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, p. 125-126

99 JÚNIOR, Humberto Theodoro. O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF: Senado Federal, v. 48, n. 190, t.1, p. 244

100 *Ibidem*, p. 243

101 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. Revista AJURIS, Porto Alegre, v.90, p. 68

consubstanciada na cooperação e no diálogo processual. Como bem observa Daniel Mitidiero, “o debate judicial amplia necessariamente o quadro de análise, constrange ao cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada”.¹⁰²

O respeito ao contraditório, portanto, está integralmente ligado ao próprio interesse público, “na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça”. Assim, “o diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão jurisdicional e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo as vezes a um mal inexplicado tecnicismo, com a obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”.¹⁰³

A vedação de decisões surpresas tem como escopo impedir que o processo seja um instrumento de um jogo indesvendável, em verdadeira contradição ao que propõe a garantia ao processo justo e efetivo. A manutenção do diálogo prévio objetiva amparar as partes, evitando que, a qualquer momento processual, seja apanhada, sem sobreaviso pela sucumbência processual, e, no mais das vezes, pela sucumbência do próprio direito material, sem que a ela tenha se permitido antes manifestar-se sobre os fundamentos da decisão.¹⁰⁴

O prévio diálogo processual igualmente possui importante função no controle da fundamentação das decisões amparadas exclusivamente em princípios e cláusulas gerais. Como bem observam Theodoro Jr. e Dierle Nunes, nos últimos tempos, percebe-se “que a profusão de utilização de *cláusulas gerais*, de normas de tessitura aberta e de princípios jurídicos, vem viabilizando uma utilização dessas normas como *jargões* de fundamentação que em várias hipóteses garantem uma aplicação dinâmica dos direitos fundamentais, mas, em outras, somente autorizam o

102MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. São Paulo : RT, 152

103ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p..672

104SABINO, Marco Antonio da Costa. Restrições ilegítimas à admissibilidade de recursos externos: o princípio da não surpresa processual. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 103, p. 108

subjetivismo do julgador, representando um mandato em branco para que este decida com base em seus entendimentos particulares (decisionismo), muitas vezes modificando para pior o sistema jurídico, ao descumprir os direitos fundamentais democráticos”. Vê-se aqui o contraditório como garantia de influência como fator de contenção para *adultrações* desses princípios e cláusulas utilizadas como fundamento para o arbítrio judicial.¹⁰⁵

Outro importante ponto a ser tratado sobre o tema refere-se às restrições ao direito da parte de ser ouvida previamente à prolação da decisão. É o que ocorre especialmente na previsão da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela. Sobre o tema, propugna com precisão Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

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

Assim, quanto mais funda for a intervenção da ordem jurisdicional no patrimônio jurídico do demandado – como ocorre na antecipação do efeito executivo ou mandamental para a prevenção do dano -, mais acurado deve ser o exame dos pressupostos para a concessão da providência não precedida de prévio contraditório. Não por outra razão, a lei brasileira reclama nessa hipótese prova robusta dos pressupostos, insta a que se não conceda a antecipação se houver perigo de o provimento antecipado provocar situação fática irreversível e insiste em que a decisão do juiz a tal respeito deva conter de modo claro e preciso as razões de seu convencimento (CPC, art. 273 e respectivos §§ 1º e 2º).¹⁰⁶

Em todos os aspectos, o que se persegue é a abolição da ideia da decisão judicial como expressão única da vontade do julgador, fundamentada em *inovações solitárias e voluntarísticas*, através da legitimação da jurisdição por meio da tomada

105JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, p. 128-129

106ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p..673

de decisões a partir do debate racional por todos os participantes do processo. Incabível em um Estado Democrático de Direito pensar em uma decisão amparada tão somente em entendimentos preexistentes à *discussão endoprocessual* desprovida de fundamento convincente e conhecido previamente por todos os interessados.¹⁰⁷ Disso se denota que, só haverá a correta e efetiva aplicação do Direito quando obstaculizado o uso da jurisdição como instrumento de opressão e autoritarismo, o que se dará a partir da aplicação efetiva do contraditório como autêntica garantia de democratização do processo.¹⁰⁸

107JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168, p. 128-129

108ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v.20, n.59, nov. 1993, p. 318

4. CONCLUSÃO

Essa nova visão sobre a relação dinâmica entre o processo e os direitos fundamentais demonstra claramente a distância que o direito processual moderno tomou da ideia inicial de simples constitucionalização formal dos princípios processuais sem interferência ativa dos mesmos sobre a realidade do processo.

É dever de todos os sujeitos da relação processual que observem as diretrizes constitucionais traçadas e apliquem efetivamente o seu conteúdo na condução do processo. As garantias constitucionais processuais são direitos constituídos com amplo poder e que não devem ser subjugados à mera aplicação abstrata.

A partir dessa visão doutrinária, mais do que prerrogativas, atribui-se novos deveres aos integrantes do processo, cabendo a todos observarem a aplicação das garantias constitucionais, com o objetivo de manter a condução de forma participativa, em contraditório, com equilíbrio entre as partes, de forma cooperativa para o bom andamento da condução processual.

Ao julgador, por sua vez, cumpre não perder de vista que invariavelmente está ele atrelado ao ordenamento jurídico vigente, sendo sua função aplicar a norma legal, sem arbitrariedades, para que ao fim seja consagrada uma decisão justa, adequada e efetiva.

Contudo, não obstante à inegável convergência entre o pensamento doutrinário contemporâneo e as diretrizes constitucionais vigentes, sem esquecer das novas linhas legislativas traçadas no novo Código de Processo Civil, os quais preocupam-se em dar efetividade a um contraditório como manifestação de uma democracia participativa e, conseqüentemente, em garantir a proteção no curso do processo do primado da dignidade humana, vê-se, ainda, uma enorme necessidade de imprimir esses novos valores na sistemática do processo civil atual.

A concepção restrita do contraditório como mera ciência bilateral dos atos do

processo e a possibilidade de contraditá-los ainda permanece fortemente arraigada na doutrina brasileira e efetivada na condução do processo. A perspectiva de que cabe exclusivamente ao magistrado dizer o direito, independentemente da participação das partes continua amplamente disseminada na cultura processual vigente.

Em muito, tal visão conservadora vê-se justificada na grave situação atual do Poder Judiciário, assolado por demandas de massa e pressionado pela efetividade do sistema e pela urgência esperada pela sociedade. Contudo, muito mais se espera da tutela jurisdicional, uma vez que não se mostra razoável uma decisão pautada em pré-julgamentos e amparada unicamente na visão do juiz formada previamente à instrução do processo.

A condução de um processo judicial sobre uma visão de democracia participativa não proporciona mais espaço à ideia de uma decisão amparada exclusivamente na vontade do julgador, afastada do prévio diálogo judicial entre os sujeitos do processo no curso da demanda. Não há mais justificativas para a formação do processo amparado pelo autoritarismo judicial.

Nessa visão atual do contraditório, a decisão judicial só ganha legitimidade quando considera as argumentações alinhadas pelas partes e informa suas razões de decidir, a partir de tudo o que lhe foi apresentado.

Para isso, necessária, uma transformação da visão do julgador para concretização de um contraditório forte, amparado em um processo justo, a partir de uma correta escolha da norma aplicável, do reconhecimento da verdade dos fatos relevantes e da condução de um procedimento válido e justo, permitindo-se deixar influir pelos argumentos e fatos apresentados pelos interessados e desarraigando-se de preconceções, possibilitando, assim, uma conformação de um processo baseado no diálogo democrático e participativo. Apenas a partir de uma prestação jurisdicional de qualidade será possível a concretização das garantias constitucionais vigentes e a conquista do verdadeiro fim do processo: a justiça da decisão.

Referências bibliográficas:

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Do formalismo no processo civil. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

---. A garantia do contraditório. Genesis: Revista de Direito Processual Civil. 1998. n.10, p.667-680.

---. O juiz e o princípio do contraditório. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.20, n.59, nov. 1993, p. 308-318.

--- Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. Revista AJURIS, Porto Alegre, v.90, jun. 2003, p.55-84

---. "Os Direitos Fundamentais à Efetividade e à Segurança em Perspectiva Dinâmica", Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35-51

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. Revista de Processo, Revista dos Tribunais, v.30, n.126, ago. 2005, p. 59-81.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n.24, mar. 2005, p. 71-79.

HEERDT, Fábio Vieira. "Processo civil no limiar do século XXI - a nova visão do juiz constitucional". Revista da Ajuris, Porto Alegre: AJURIS, v. 36, n. 113,p. 181-193, março 2009.

JÚNIOR., Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil, volume 1. 8 ed. Bahia: Editora podivm, 2007.

---Curso de Direito Processual Civil, volume 2. 2 ed. Bahia: Editora podivm, 2008.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Processo justo e contraditório dinâmico. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre: Magister, v. 6, n. 33, p. 5-18, nov./dez. 2009.

--- O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 80, p. 71-85, novembro 2009. / v.6 n.33

--- O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF: Senado Federal, v. 48, n. 190, t.1, p. 237-263, abr./jun. 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; 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.34, n.168 , p.107-160, fev. 2009.

KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil, volume 1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

--- Curso de Processo Civil, 7 ed., volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O juiz é o destinatário da prova: porta aberta para o árbitro, In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

--- Da iniciativa probatória do juiz no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. Revista de Processo, v.32, n.144, fev. 2007, p. 105-111.

----Cortes Superiores e Cortes Supremas – Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. Revista dos Tribunais, 2013

--- Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. ed. São Paulo : RT, 2011.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: as matrizes histórico culturais do contraditório. In: Jurisdição e processo. Rio de Janeiro : Forense, 2008. p.127-143.

RAMOS, Guillermo Federico. Brevíssimos comentários acerca da busca da verdade real, sob o enfoque publicista do processo civil contemporâneo. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 22, p. 65-72, janeiro 2005.

REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. Revista de Processo, São Paulo, v.33, n.162, p.330-351, ago. 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. Revista da AJURIS, Porto Alegre, v.36, n.116, p.129-150, out./dez. 2009.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Restrições ilegítimas à admissibilidade de recursos externos: o princípio da não surpresa processual. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, v. 103, p. 88-109, outubro 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.7, n.38, p.5-33, set./out. 2010.