

**A EVOLUÇÃO DO CONTRADITÓRIO NA JURISPRUDÊNCIA E NO
DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO****THE EVOLUTION OF CONTRADICTORY IN CASE LAW AND IN BRAZILIAN CIVIL
PROCEDURAL LAW**

Carlos Henrique Soares¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG), Belo Horizonte, MG, Brasil.

carlos@pdsc.com.br

Resumo: O presente texto/artigo busca analisar a evolução conceitual do contraditório junto aos tribunais brasileiros e ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição da República do Brasil. O problema que se pretende discutir no texto é justamente o atraso teórico desenvolvido pelo judiciário brasileiro ao longo de 30 anos. Buscando decisões paradigmáticas pretendemos demonstrar que o judiciário não vem garantindo o contraditório de forma efetiva. Para chegar na resposta utilizamos a metodologia de revisão bibliográfica e da jurisprudência.

Palavras-chave: Processo. Contraditório. Constituição da República do Brasil.

Abstract: The present text / article tries to analyze the conceptual evolution of the contradictory before the Brazilian courts and throughout the 30 years of validity of the Constitution of the Republic of Brazil. The problem that we intend to discuss in the text is precisely the theoretical delay developed by the Brazilian judiciary over the course of 30. In order to find paradigmatic decisions, we intend to demonstrate that the judiciary does not guarantee the contradiction in an effective way. In order to arrive at the answer we use the methodology of bibliographical revision and jurisprudence.

Keywords: Procedure. Contradictory. Constitution of the Republic of Brazil.

¹ Doutor e Mestre em Direito Processual (PUC/MG), Professor de graduação em Direito Processual Civil (PUC/MG), Professor de Pós-Graduação. Professor Colaborador do Mestrado em Direito Processual (PUC/MG), Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil (IEC-Barreiro), Professor de Graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara, Professor de Pós-graduação e graduação da Unifenas, Professor visitante do Mestrado e Doutorado da Universidade de Medelin, Palestrante. Escritor de livros e Artigos. Advogado Militante. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

1 PROCESSO JURISDICIONAL BRASILEIRO

O objetivo do presente artigo é analisar a evolução conceitual do contraditório junto aos tribunais brasileiros e ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição da República do Brasil.

O problema que se pretende discutir no texto é justamente o atraso teórico desenvolvido pelo judiciário brasileiro ao longo de 30 anos.

Utilizando a metodologia de buscar decisões paradigmáticas pretende-se demonstrar que o judiciário não vem garantindo o contraditório de forma efetiva. Para chegar na resposta apresentada na conclusão utilizamos a metodologia de revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Assim, antes de adentrar na questão sobre o contraditório no processo jurisdicional brasileiro e como norma fundamental do cidadão e do processo precisamos indicar a evolução do conceito de processo e que tem lastro direto com a evolução do conceito de contraditório.

Chiovenda pensando o processo como relação jurídica, buscam conceituá-los com a indicação de que “processo o complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantindo por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”². Do mesmo modo, Carnelutti afirma que “o processo corresponde a um método para a formulação ou para aplicação do direito que tende a garantir a excelência do resultado, vale dizer, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa”³. Goldschmidt afirmou que “o processo é o método que seguem os tribunais para definir a existência do direito da pessoa que demanda perante o Estado, a tutela jurídica, e para outorga-lhe esta tutela, caso tal direito realmente exista”⁴. Conclui o jurista, que: “o objeto do Processo Civil é o exame do direito (pretensão) do autor contra o Estado a obter a tutela jurídica, mediante sentença favorável e consequente execução da norma (ação penal) se for suscetível de tanto”.

Todos os conceitos acima indicados possuem um traço comum, qual

² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. Trad. Paolo Capitanio, 1998, p. 56.

³ CANELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. Livre, 1973, col. I, n. 1, p. 22.

⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e Processo*. vol. 5. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 17-18.

seja, possuem uma visão do processo teleológica, ou seja, o processo é ser um instrumento de realização da jurisdição. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior o objetivo do processo é promover “a atuação do direito objetivo nos casos em que este não seja voluntariamente observado”. Realizando, dessa maneira, a “tutela jurisdicional dos direitos”, que se dá por meio da intervenção do juiz”⁵.

O direito processual civil brasileiro sempre gostou da ideia de que o processo disciplina da jurisdição e que compreende uma atividade estatal com o objetivo de garantir a “eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico”, por meio tanto da cognição como da execução⁶. Ao processo é atribuída natureza teleológica, “nele se caracteriza sua finalidade de exercício do poder”, como “(instrumento através do qual a jurisdição opera) (instrumento para a positivação do poder)”⁷. Reafirmando o caráter instrumental da norma processual e do direito processual estão os eminentes autores paulistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que tentam demonstrar que o “direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função puramente jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material”⁸. Para Dinamarco “o importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados. (...) Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor de justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado

⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, v. 5. p. 19-20.

⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁷ DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40-41.

escopo das atividades jurídicas do Estado”. Revela a “escola paulista de processo” uma tendência ao abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas, além da destinação liberal da jurisdição, como meio de tutela do indivíduo em face de possíveis abusos ou desvios de poder pelos agentes públicos, ou seja, como elemento de equilíbrio entre os valores poder e liberdade, bem como o reconhecimento do dever do Estado tem e mediante o processo exerce, de interferir na vida da própria sociedade e nas relações entre seus membros, em nome da paz social¹⁰.

Em posição contrária ao ensinamento dos juristas supracitados está o Professor Frederico Marques que afirma: “o direito processual, ao reverso do que geralmente se sustenta, não tem caráter instrumental, nem serve apenas para restabelecer, fora do processo, a observância do direito objetivo material. A finalidade nas normas processuais é regular composição do litígio, a fim de ser dado a cada um o que é seu. E se é certo que esse objetivo acaba atingido mediante aplicação in concreto do direito material, a conclusão a tirar-se é a de que este constitui instrumento do órgão jurisdicional, meio e modo que é para solucionar-se a lide *secundumius*”¹¹. Para Frederico Marques, a instrumentalidade do processo não é devido a sua função de fazer realizar o direito material e, sim, em se constituir no instrumento por meio do qual a jurisdição se faz presente, para se chegar na pacificação dos conflitos. Aroldo Plínio Gonçalves, desenvolvendo a teoria de Elio Fazzalari, demonstra que para desenvolver as características do procedimento e do processo, elas não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado, é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que a específica: o contraditório. O

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 161.

¹⁰ *Ibidem*, p. 157-158.

¹¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 40-41.

processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos¹².

Segundo Fazzalari, o que caracterizará o processo é o fato dele se constituir por uma pluralidade de sujeitos que possuem uma característica própria, qual seja, um modo especial de participação nos atos que conduzirão ao provimento¹³. Aroldo Plínio Gonçalves, com base em Fazzalari, desmistifica o conceito de processo, afirmando que o “processo é espécie e que o procedimento é o gênero, sendo que o processo é o procedimento que se realiza em contraditório”, no qual as partes possuem iguais oportunidades de se manifestarem, dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Na palavras de Fazzalari, o processo é um procedimento com a garantia de participação das partes para a obtenção do ato final, em contraditório, devendo os participantes do processo se entenderem como autores da decisão judicial (provimento)¹⁴.

Fazzalari caracteriza a estrutura do contraditório com os seguintes elementos: a) participação dos destinatários do ato final na fase preparatória do processo; b) simétrica paridade destes interessados; c) mútua implicação de seus atos; relevância de tais atos para o ato final¹⁵. Nesse sentido o contraditório surge para o processo como um elemento fundamental de garantia da participação das partes e teve seu status elevado a direito-garantia constitucional com a promulgação da Constituição da República de 1988 (art. 5º, inc. LV da CR/88).

A CR/88, em seu art. 5º, inc. LV, inaugura, do ponto de vista normativo constitucional, no Brasil, a necessidade de entender o processo como direito-garantia fundamental do cidadão e que para a definição do conceito de processo seria necessário a observância tanto do contraditório quando da ampla defesa. Assim, ficou inaugurado o fenômeno de constitucionalização do

¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68.

¹³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992, p. 81.

¹⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992, p. 82-83.

¹⁵ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992, p. 82.

processo que nada mais é do que pensar todo o processo como um conjunto de normas fundamentais para garantir o contraditório e ampla defesa. Deixou-se, a partir da CR/88 a ideia de que o processo serve para a jurisdição e passou-se a entender que o processo é instrumento de garantia do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e do devido processo legal (art. 5º, LIV da CR/88).

Mesmo verificando que a CR/88 inaugurou, do ponto de vista normativo, o processo constitucional brasileiro infelizmente no plano de aplicação das leis processuais o que verificamos é que os tribunais ainda adotavam a concepção velha e antiquada de contraditório. Admitia-se que o contraditório era somente necessário para que as partes fossem ouvidas no processo, mas não se exigia que o julgador levasse em consideração os argumentos e provas para fundamentar suas decisões. No CPC-1973 verifica-se que o contraditório era meramente instrumental com vista a garantia da dialeticidade (art. 125, I do CPC-1973) das partes, mas sem poder de influência pois havia a compreensão de que o julgador possuía o seu livre convencimento sobre as questões de direito e de fato. Ao julgador era permitido apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, *ainda que não alegados pelas partes*; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento (art. 131 do CPC-1973).

Havia um conflito entre a CR/88, no art. 5º, inc. LV, e o CPC, entre os arts. 125, I e 131 do CPC-1973. Enquanto parecia indicar a CR/88 que a garantia do contraditório seria a forma de garantir a democracia no processo jurisdicional brasileiro para o CPC-1973 o contraditório era apenas uma atividade burocrata e que se revelava em uma oportunidade das partes de apresentar argumentos que em nada poderiam afetar o livre convencimento jurisdicional, já que o juiz deveria apenas dizer qual seria seu entendimento e apresentar suas razões para tanto.

Entre os anos de 1988 a 2015, mesmo com parte dos juristas e processualistas brasileiros indicando a necessidade de ruptura com o velho conceito de contraditório como apenas direito de ser ouvido pelos juízes, e com a necessidade de constitucionalização do processo, os tribunais brasileiros se posicionavam de forma conservadora e acanhada. Quase sempre, decisões eram mantidas pelos tribunais sob o argumento de que se as partes foram devidamente ouvidas não haveria a ocorrência de cerceamento do contraditório.

Assim, tivemos que aguardar o CPC-2015 para que o contraditório pudesse ser explicado de forma normativa, sinalizando para os tribunais brasileiros que já não era mais possível que uma decisão fosse tomada com base no livre convencimento (art. 131 do CPC-1973) e com base em argumentos pelos quais as partes não tiveram a oportunidade de se pronunciar de forma satisfatória e anterior à decisão.

2 CONTRADITÓRIO, COOPERAÇÃO E PROCESSO CONSTITUCIONAL

O contraditório, como está indicado no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Perceba que o art. 5º, inc. LV da CR/88 é uma norma fundamental de processo que precisava ser explicada e que não havia, até 2015, nenhum fundamento normativo que pudesse indicar e nortear o entendimento sobre a garantia ou não do contraditório e da ampla defesa. Havia apenas a preocupação pelos tribunais de se cumprir as normas processuais previstas pelo CPC-1973 e assim estariam automaticamente cumprindo o contraditório e a ampla defesa. A ideia que reinava para a garantia do contraditório no processo jurisdicional brasileiro pode ser bem-posta nas palavras de Liebman, segundo o qual, “o princípio do contraditório é a garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo. Segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões, antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias. Qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e, por isto, inválida”¹⁶.

No entanto, pelos ensinamentos de Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, mesmo antes do CPC-2015, a ideia de que o contraditório, era no sentido de evolução. Carecíamos apenas de normas jurídicas sobre o ponto. Sustenta Aroldo Plínio Gonçalves que “o contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo. O contraditório é a garantia de participação, em simétrica

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apud* MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório? *Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, n. 17, 1980, p. 111.

paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que o Estado vier a impor¹⁷. Explicando melhor, reforça o autor que: “o contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Constitui-se, necessariamente, da igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo¹⁸”.

Lebre de Freitas, tecendo considerações sobre o contraditório no direito processual português, afirmou que o mesmo seria uma garantia à “proibição da chamada decisão-surpresa¹⁹”. Isso significava que o tribunal estava proibido de decidir sobre questão de direito material ou processual sem que as partes tivessem a oportunidade de manifestação.

Verificamos que o código de processo civil francês já possuía a preocupação em explicar o sentido do contraditório. Há no CPC francês um capítulo intitulado “*La contradiction*” em que o legislador francês, no ano de 1980, busca dar sentido ao contraditório e o comportamento dos sujeitos processuais para seu efetivo cumprimento. Segundo o art. 16 do CPC francês: “o juiz deve, em todas as circunstâncias, observar e observar o princípio da contradição. Não pode reter, em sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes que se pudessem debatê-los contraditoriamente. Não pode basear a sua decisão nos fundamentos jurídicos que levantou de ofício sem antes ter convidado as partes a apresentar as suas observações.²⁰”

¹⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120-124.

¹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 127.

¹⁹ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 103.

²⁰ Art. 16 do CPC francês: *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa*

Durante os anos de 1988 até 2015 o Brasil buscava fontes estrangeiras de direito processual para dar sentido a norma processual prevista no art. 5º, inc. LV da CR/88, em especial, o contraditório. A partir de 2015, com a promulgação de um novo CPC brasileiro, houve a preocupação do legislador brasileiro em seguir a tendência mundial de indicar e explicar o sentido do contraditório para que pudesse evitar decisões arbitrárias no judiciário. Assim, pelo CPC-2015, verificamos a existência de três artigos importantes para conceituar o contraditório, são eles os artigos 7º, 9º e 10º do CPC.

No art. 7º do CPC-2015 pode-se perceber que o legislador indica qual o conceito de contraditório que deve o julgador aplicar dando sentido a norma prevista no art. 5º, inc. LV da CR/88, qual seja, “como 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”. Completando o artigo 7º do CPC-2015 temos o artigo 9º e 10º do CPC-2015 que indicam a proibição de existir decisão sem contraditório. Assim, estabelecem os referidos artigos que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Referendou-se, com os artigos supracitados, o entendimento de que o processo jurisdicional brasileiro deve garantir o contraditório e o mesmo é entendido como o “exercício de direitos, faculdades, deveres e ônus em simétrica paridade pelas partes”, mas também, como o direito de “proibição de decisão surpresa” e a necessidade de “influenciar a decisão” com o julgador indicando “motivos” de sua decisão e levando em consideração a argumentação desenvolvida pelas partes.

É oportuno lembrar as lições do Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, que bem explica o conceito de contraditório como elemento vinculativo para a fundamentação das decisões jurisdicionais. Segundo o autor, o contraditório é qualificado pelo quadrinômio estrutural” qual seja, informação-reação-diálogo-influência. Sustenta o autor que o contraditório, norma fundamental

décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.

do processo (art. 7º do CPC) garante regular informação as partes de quaisquer atos processuais e a oportunidade a cada uma delas de reação aos atos processuais da parte adversa. Para que tal objetivo seja atingido, é necessário permanente diálogo do juízo com as partes, a fim de lhes permitir a oportunidade de ampla manifestação sobre o desenvolvimento do processo e assim exercerem influência no seu desenvolvimento e resultado decisório²¹.

Sobre o assunto, também assevera Didier: “não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão²²”.

Paralelo a qualificação do contraditório como informação-reação-diálogo-influência apresentado pelo autor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, temos que necessariamente que fazer uma conexão com outro elemento que compõe o contraditório, modernamente, qual seja, a necessidade de cooperação ou participação. O art. 6º do CPC, que também se encontra dentro do capítulo sobre as “normas fundamentais de processo”, indica e completa no entendimento sobre o exercício do contraditório e da garantia do art. 5º, inc. LV da CR/88. Indica o art. 6º que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Fredie Didier Júnior sustenta que “cooperação atua diretamente, imputando aos sujeitos do processo deveres, de modo a tornar ilícitas as condutas contrárias à obtenção do “estado de coisas” (comunidade processual de trabalho) que o princípio da cooperação busca promover. Essa eficácia

²¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 137.

²² DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 45.

normativa independe da existência de regras jurídicas expressas. Se não há regras expressas que, por exemplo, imputem ao órgão jurisdicional o dever de manter-se coerente com os seus próprios comportamentos, protegendo as partes contra eventual comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) do órgão julgador, o princípio da cooperação garantirá a imputação desta situação jurídica passiva (dever) ao magistrado. Repita-se: o princípio da cooperação torna devidos os comportamentos necessários à obtenção de um processo leal e cooperativo.²³ Alexandre Freitas Câmara aduz que “o princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão “co-operar”, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo²⁴”.

Importa salientar que a cooperação não seria um princípio, mas um dever. O art. 6º do CPC não possui densidade normativa suficiente para justificar a existência de um princípio e a não cooperação dos sujeitos não teria força para levar a anulação do processo o que demonstraria a inexistência de autonomia ao princípio da cooperação²⁵. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, aduz que o texto da norma contido no Código de Processo Civil não se descuroou em tratar com clareza sobre a cooperação processual, na medida em que faltou-se “melhor clareza e precisão, em linguagem que possibilitasse exata compreensão de seu objetivo, ao se referir à cooperação processual, preferindo o emprego de nomenclatura jurídica adequada”²⁶. Sob tal perspectiva argumentativa, Brêtas explica que o emprego dos termos cooperar (artigo 6º) e cooperação (357§3º) no CPC/2015 não foi uma boa opção do legislador, na medida em que seria mais técnico a utilização das expressões “comparticipar e participação”, tendo em vista que se referem à “garantia fundamental do contraditório e adequadas à natureza dialética do processo, que é procedimento em contraditório”. Em contraponto, para tal autor o termo foi empregado “diferente e acertadamente” nos artigos 26 e 27 do CPC/2015,

²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 127.

²⁴ CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p.9.

²⁵ ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017, p.68.

²⁶ CHAVES, Luis Cláudio da Silva. FERRAZ, Egmar Sousa. *Processo civil moderno: em homenagem ao professor Raimundo Cândido*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017, p. 364.

na medida em que se direcionou ao sentido comum ou ordinário de “colaboração, auxílio ou ajuda”²⁷.

Corroborando as ideias apresentadas, sustenta Humberto Theodoro Júnior que há uma estreita e íntima relação entre a cooperação e o contraditório. Em suas palavras “novo CPC brasileiro esposa ostensivamente o modelo cooperativo, no qual a lógica dedutiva de resolução de conflitos é substituída pela lógica argumentativa, fazendo que o contraditório, como direito de informação/reação, ceda espaço a um direito de influência. Nele, a ideia de democracia representativa é complementada pela de democracia deliberativa no campo do processo (...)”²⁸.

Verificamos, portanto, que com a entrada em vigência do CPC-2015 o conceito indeterminado de contraditório apresentado pela Constituição da República do Brasil passa a ficar específico e claro para todos os sujeitos processuais (juiz-partes-terceiros-advogados-ministério público). O contraditório não é garantia de diálogo entre as partes. O contraditório é uma garantia de efetiva participação e cooperação das partes (argumentos jurídicos e argumentos fáticos-probatórios), com necessária influência na decisão jurisdicional.

Após 27 anos de dúvidas no direito processual brasileiro sobre a interpretação e de aplicação do contraditório, o CPC-2015 disciplinou a questão e passou a exigir que todos sejam aplicadores do contraditório e fiscalizadores dele, sob pena da decisão ser anulada por cerceamento (art. 9º e 10º do CPC-2015). A decisão será legitimada pelo processo e pela observância do contraditório. Leonardo Carneiro da Cunha informa que “a decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo. (...) A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta”²⁹.

²⁷ CHAVES, Luis Cláudio da Silva. FERRAZ, Egmar Sousa. *Processo civil moderno: em homenagem ao professor Raimundo Cândido*. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2017, p. 364.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 131.

²⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 6º do CPC. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.42-43.

3 CONTRADITÓRIO E SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA VIGÊNCIA DA CR/88 E DO CPC-1973

Apesar da Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inc. LV, inaugurar, normativamente, o processo constitucional brasileiro, como dito, somente em 2015, com o CPC, é que o contraditório teve seu conteúdo explicitado e passou a exigir a sua respeitabilidade junto aos tribunais, como necessária condição de validade para a decisão jurisdicional (art. 7º, 9º e 10º do CPC), sob pena de nulidade da decisão (art. 11 do CPC-2015 e art. 93, inc. IX da CR/88).

Não basta simular a garantia do contraditório para que se tenha o direito garantido. Não pode o julgador abrir a oportunidade de diálogo com as partes apenas para garantir o respeito a norma prevista no art. 9º e 10º do CPC e depois decidir com base em entendimentos isolados e desconsiderando os fundamentos apresentados pelas partes. É preciso que o julgador motive sua decisão refutando os argumentos e provas apresentadas pelas partes e atendendo o disposto no art. 489, §1º do CPC. Há uma relação direta entre o contraditório e a fundamentação das decisões.

Abaixo, apresentaremos algumas decisões paradigmáticas do Superior Tribunal de Justiça sobre a sua visão do contraditório em casos concretos, e como o mesmo vem sendo implementado e discutido pela Corte. Iremos trazer acórdãos que se coadunam com a constituição e com a efetiva garantia de participação das partes, mas também, traremos acórdãos e decisões, inclusive já pacificadas, que infelizmente não traduzem a efetiva garantia do contraditório no processo.

Como afirmado, o contraditório durante os 30 anos de constituição não vem sendo devidamente aplicado pelos tribunais. Havia, até 2015, uma ausência de legislação infraconstitucional sobre o entendimento a respeito do contraditório e sua correta interpretação e agora há um despreparo institucional e jurisdicional no objetivo de dar cumprimento ao que está previsto junto ao CPC (art. 7º, 9º e 10º do CPC).

Como já informado, no CPC-1973 decisões que decidiam sobre questões que levavam ao não julgamento do mérito poderiam ser dadas de ofício pelo julgador e sem que houvesse a participação e o diálogo com as partes. Trata-se de um fato notório e que demonstrava que a visão do

judiciário e dos juízes quanto a aplicação do contraditório se resumia apenas ao dizer e contradizer nos autos.

Outro fato notório e que ocorre no judiciário com muita frequência é justamente as decisões padronizadas. Decisões que se prestam a servir para qualquer pretensão e para deferir ou indeferir requerimento elaborados pelas partes. Muitas vezes nos deparamos com pedidos de tutela de urgência em que a resposta do judiciário é no sentido de apenas dizer: “indefiro por não vislumbrar nos autos os elementos e requisitos necessários para o deferimento da medida requerida”. Não se presta o julgador a indicar nos autos os argumentos trazidos pelas partes e nem as provas que motivaram sua decisão. Trata-se de uma decisão obscura e hermética que impossibilita as partes entenderem os motivos do indeferimento e até mesmo impede que possam ser combatidos em eventuais recursos.

Outro exemplo de decisão com notória violação do contraditório e da fundamentação da decisão é a conhecidíssima decisão que rejeita ou nega provimento aos embargos de declaração com a seguintes afirmação “não vislumbro nos autos elementos que possam servir para corrigir omissão, contradição ou obscuridade”. Tal decisão não apresenta argumentos e impede a participação e fiscalização da decisão pela parte pois não é possível entender quais os motivos pelos quais os embargos de declaração foram rejeitados.

Outros exemplos mais esdrúxulos podem ser citados demonstrando que ao longo de 27 anos de Constituição da República e de constitucionalização do processo, bem como, de colocação do contraditório como direito-garantia fundamental, o mesmo vem sendo vilipendiado pelos tribunais brasileiros ou sendo mal interpretados para atender a critérios de celeridade sem qualquer qualidade na decisão.

Uma decisão interessante para demonstrar o que estamos falando foi o Habeas Corpus n. 137.549/RJ, no qual a Relatora foi a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Nesta decisão, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que o princípio do contraditório deveria ser limitado em nome da aplicação da lealdade processual e da boa-fé. Isso significou dizer que não poderia uma pessoa se aproveitar da alegação de cerceamento do contraditório, se foi a mesma que deixou de cumprir o dever de informar o endereço correto para que as intimações fossem feitas de forma regular. Verificando os fundamentos

colacionados na decisão, buscando a confrontação do princípio do contraditório com o princípio da boa-fé e lealdade processual, verificamos que a Ministra Relatora, no presente caso, andou bem no que tange a não reconhecer a nulidade do processo por ausência de contraditório. Isso porque, nenhum princípio tem aplicação de forma absoluta e sempre deve ser interpretado mediante a verificação de outras questões que envolvem os fatos. No presente caso, o que se verifica é que a Ministra Relatora entendeu que a culpa pela ausência de intimação se deu exclusivamente pelo fato de que o paciente não informou o seu local de encontro/endereço, e, portanto, não poderia agora se aproveitar de sua própria torpeza. No entanto, a decisão que julgou o comentado HC deixou de considerar que o contraditório se revela na verificação de participação do interessado no processo e se houve a influência da decisão no resultado da decisão jurisdicional. O contraditório, como ressaltado em tópico anterior, não é apenas um direito de ser ouvido, mas sobretudo, um direito de participar, influenciar o resultado da decisão com fatos e fundamentos jurídicos relevantes³⁰.

Outro caso interessante, no que tange a proteção do princípio do contraditório pelo Superior Tribunal de Justiça, foi justamente no Mandado de Segurança n.19.179/DF, cujo o Relator foi o Ministro Mauro Campbell Marques, da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Neste Acórdão, em Mandado de Segurança, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que apesar do Brasil já se encontra a mais de 20 anos com uma Constituição Federal que dispõe no seu art. 5º., inc. LV, com a garantia do contraditório inclusive nos processos administrativos, ainda verificamos que muitos órgãos da Administração Pública não garante o referido princípio do contraditório aos seus servidores³¹. No presente caso julgado pelo STJ, a discussão estava em torno sobre um servidor que foi exonerado sem nenhum processo administrativo, sem a observância do efetivo contraditório e ampla defesa.

³⁰HC 137.549/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma do STJ, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013.

³¹Cf. entendimento do STF: Processo. Ato administrativo. Declaração de insubsistência. Audição da parte interessada. Inobservância. Uma vez constituída situação jurídica a integrar o patrimônio do administrado ou do servidor, o desfazimento pressupõe o contraditório. Precedente: RE 158.543-9/RS, por mim relatado perante a Segunda Turma, com acórdão publicado no *DJ* de 6-10-1995." (AI 587.487-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 31-5-2007, Primeira Turma, *DJE* de 29-6-2007.) No mesmo sentido: RE 466.521-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 7-8-2012, Primeira Turma, *DJE* de 22-8-2012.

Assim, andou bem a decisão do STJ, permitindo a anulação do ato demissional que não observou o devido procedimento legal de dispensa³². No entanto, a consideração que tecemos sobre o referido caso é que o Ministro Relator deixou claro que para a garantir o contraditório no processo administrativo e judicial, basta verificar a oitiva do servidor, o que em nosso entendimento, não deveria ser o bastante. Ouvir o servidor em audiência de justificação é necessário, mas a decisão de exoneração deve permitir que o servidor exerça o contraditório de forma efetiva, através da influência da decisão por meio da argumentação e de provas produzidas pelo mesmo.

Outro ponto acórdão interessante a respeito do contraditório ocorreu no julgamento do recurso de EDcl no AREsp 76.987/RJ, cujo o Relator foi o Ministro Arnaldo Esteves Lima³³. Neste caso, estava-se discutindo o valor da prova emprestada nos autos e sua força probante. Neste caso paradigmático, o que se verifica na decisão, é que o Ministro Relator apontou pela validade da prova emprestada e sua força probante, *desde que submetida ao crivo do contraditório*. Assim, pelo entendimento do Relator, se houve a oportunidade de debater, argumentar e realizar a contraprova nos autos, qualquer prova emprestada tem a mesma força probante das provas originariamente produzidas nos autos. Essa decisão importante demonstra que havia já de algum tempo a indicação de que o contraditório deveria ser mais do que apenas a dialética entre as partes.

No entanto, pelo que verificamos, havia no Superior Tribunal de Justiça a coesa ideia de que o contraditório deveria ser apenas um direito de dizer e contradizer e nada mais. Poucos eram os Ministros que julgavam de forma a indicar a necessidade de influência e de vedação da decisão surpresa

³² Cf. A jurisprudência, também do Supremo Tribunal Federal também está coadunado com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no caso acima citado. Assim o STF entende que a ausência de processo administrativo ou a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa tornam nulo o ato de demissão de servidor público, seja ele civil ou militar, estável ou não.” (RE 513.585-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 17-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008.) No mesmo sentido: RE 594.040-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-4-2010, Primeira Turma, DJE de 23-4-2010; RE 562.602-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-11-2009, Segunda Turma, DJE de 18-12-2009. Vide: AI 634.719-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 7-2-2012, Primeira Turma, DJE de 9-3-2012; RE 289.321, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 2-6-2011; RE 217.579-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-12-2004, Primeira Turma, DJ de 4-3-2005.

³³ EDcl no AREsp 76.987/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma do STJ, julgado em 06/12/2012, DJe 13/12/2012.

para a garantia do contraditório. No acórdão julgado em Agravo Regimental n. 1413561/RS, no qual o Relator foi o Ministro Campos Marques, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça verificamos que o Ministro Relator entendeu que o art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal não impõe a obrigatoriedade de instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para o reconhecimento da referida infração de um detento infrator, mas somente exige a realização de audiência de justificação que possibilite a oitiva prévia do sentenciado, garantindo-se, desse modo, o exercício do contraditório e da ampla defesa. Nesta decisão, o Superior Tribunal de Justiça, admitiu a aplicação de punição e, portanto, a redução de direitos do detento, aplicando a legalidade da Lei de Execução Penal, sem observar que a Constituição. Afastou-se a aplicação da Constituição e deu-se vigência ao art. 118 da Lei de Execução Penal³⁴.

É importante indicar que todos os julgamentos apresentados acima são do ano de 2013 e portando sem ainda a entrada em vigor no CPC-2015. No entanto, tal dado é importante para demonstrar que mesmo com a constitucionalização do contraditório (art. 5º, inc. LV da CR/88) ainda não foi possível que os tribunais tivessem um salto de qualidade das decisões jurisdicionais. Em várias decisões pesquisadas no próprio sítio do Superior Tribunal de Justiça verificamos que a ementa estabelece que não houve a violação do contraditório e ampla defesa mas não informa, em seu voto, o que o mesmo entende sobre tais princípios³⁵. É necessário, que a decisão, ao se referir sobre a garantia do contraditório, possibilite ao menos saber se o que o julgador entende por contraditório. Dizer apenas que foi garantido o contraditório sem, contudo, informar para os leitores da decisão onde o mesmo se implementou, é o mesmo que não fundamentar a decisão.

Por fim, citamos o julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial n. 982.984/DF, no qual o Relator foi o Ministro Marco Aurélio Belize,

³⁴AgRg no Ag 1413561/RS, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma do STJ, julgado em 19/02/2013, DJe 22/02/2013.

³⁵*Não há como se sustentar a ilegalidade do ato que aplicou a sanção ao recorrente, tendo em vista que as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e legalidade foram devidamente atendidas no processo administrativo disciplinar.*3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 34.290/GO, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma do STJ, julgado em 05/02/2013, DJe 08/02/2013).

da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça debatendo sobre a nulidade de processo administrativo disciplinar sem a devida participação do advogado entendeu por aplicar a Súmula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal e decidir pela legalidade da demissão de servidor que não teve advogado constituído³⁶. A referida decisão, do ponto de vista técnico não há nenhuma crítica. Isso significa que o Superior Tribunal de Justiça e a Turma acertaram no Julgamento e na fundamentação, demonstrando obediência necessária e obrigatória à Sumula Vinculante n. 5 do Supremo Tribunal Federal. Mas esse entendimento demonstra muito bem que ainda estávamos carentes de normas jurídicas e processuais sobre o contraditório pois, como dito, não basta para o contraditório apenas a dialética das partes nos autos. A defesa técnica é elemento fundamental para a garantia do contraditório, tanto no processo judicial quanto no processo administrativo. Não é possível que alguém faça sua própria defesa e isso seja entendido como exercício efetivo do contraditório. Sem domínio das regras processuais, dos elementos de provas e da linguagem correta, a defesa está prejudicada e o contraditório também. O contraditório é uma das garantias centrais dos discursos de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo³⁷. Infelizmente, sem a participação do advogado, será muito difícil ao servidor acusado de infração administrativa se defender e exercer o contraditório em sua moderna concepção de informação-reação-diálogo-influência. A complexidade de implicações técnicas e argumentativas necessárias para o contraditório e para a ampla defesa não podem ser exercidas exclusivamente pela parte e sem a participação do advogado.

4 CONTRADITÓRIO E SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA VIGÊNCIA DA CR/88 E DO CPC-2015

Em 2015, com a promulgação do novo CPC brasileiro, o legislador, como já ressaltado buscou indicar para os tribunais que o conceito de contraditório não seria mais admitido como mera dialética entre as partes.

³⁶ AgRg no REsp 982.984/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma do STJ, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012.

³⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Processo Constitucional como Instrumento da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.3, n. 5, p. 164-165, jan./jun. 2000.

Necessariamente seria obrigado que os tribunais garantissem quatro elementos que norteiam o exercício do contraditório, quais sejam, a informação-reação-diálogo-influência.

A esperança do novo CPC brasileiro de 2015 era os julgadores tivessem nova postura, evitando decisões surpresas, cujo o fundamento não tivesse sido oportunizado para as partes argumentarem e que fossem devidamente fundamentadas com a necessária obrigação de que todos os argumentos das partes fossem devidamente enfrentados (art. 489, §1º do CPC-2015).

Infelizmente, pelo que temos visto, o CPC-2015 vem sofrendo, no que tange a garantia do contraditório e da violação da decisão surpresa uma resistência bastante grande dos tribunais. Sustentam que é impossível e inviável atender os arts. 7º, 9º e 10º do CPC sem que isso atrapalhe a celeridade processual e a duração razoável do processo. Sustentam, ainda, que a exigência feita pelo CPC-2015 para que a decisão seja fundamentada e que todos os fundamentos jurídicos sejam enfrentados é descabida e desnecessária, fazendo com que as decisões demorem mais do que já demoram normalmente (art. 489, §1º, inc. IV do CPC-15).

O Superior Tribunal de Justiça, enfrentando o tema sobre a necessidade de fundamentação das decisões e sobre a obrigatoriedade de não proferir decisões surpresas para as partes respeitando o art. 9º, 10º, e 489, §1º, IV todos do CPC tentou fazer uma diferenciação entre fundamento jurídico e fundamento legal. Para a 4ª. Turma do STJ que enfrentou o tema, somente deveria o juiz enfrentar os fundamentos jurídicos e não os fundamentos legais para atender a obrigatoriedade de fundamentar e enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes. Sustentou o STJ neste julgamento que não haveria necessidade de enfrentar os fundamentos legais pois o “conhecimento geral da lei é presunção jure et de jure”. Com esse entendimento, o STJ buscou dar novo entendimento e interpretação ao contraditório para indicar somente a necessidade de garantir a prévia manifestação das partes sobre os fundamentos jurídicos.

Para Ronaldo Brêtas de C. Dias *et al* a interpretação correta sobre o art. 489, §1º, IV do CPC sobre a obrigatoriedade do juiz ter que enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes deve ser entendido como a necessidade e obrigatoriedade de enfrentar questões. As decisões devem ser dadas no objetivo de resolver questão (ponto controvertido). O juiz não julga

os argumentos e sim questões. Sustenta Ronaldo Brêtas de C. Dias et al que “juiz não julga argumentos, juiz julga questões. Assim, pode acontecer que a decisão, no desate das questões, acolha os argumentos de umas das partes, o que, em princípio, estará afastando os argumentos da parte contrária³⁸.”

Assim, para a garantia do contraditório, no CPC-2015, é importante que o juiz enfrente todas as questões controvertidas colocadas pelas partes. Obviamente, quando o julgador enfrenta a questão se posicionando de forma direta e contrária ao entendimento e aos fundamentos legais apresentados pelas partes ainda assim ele estaria garantido a fundamentação das decisões (art. 11 do CPC e art. 93, IX da CR/88) e a necessidade de enfrentar todas as questões controvertidas postas pelas partes (art. 489, §1º, IV do CPC).

O objetivo do art. 10º do CPC e do inc. IV, do §1º do art. 489 do CPC é garantir o contraditório prévio das partes e possibilitar que os julgamentos possam combater todas as teses jurídicas apresentadas pelas partes na clara intenção de demonstrar que a decisão/sentença levou em consideração os fundamentos que motivaram a propositura da ação ou da defesa. No entanto, é fácil perceber que um argumento apresentado pela sentença pode combater mais de uma tese jurídica apresentada pelas partes e nesse caso não se deve obrigar que a sentença repita fundamentos jurídicos para justificar o afastamento das teses que por óbvio já foram rejeitadas com os mesmos fundamentos. Um estudo rápido sobre a obrigatoriedade de garantir o contraditório e a fundamentação nas decisões demonstra que ainda os tribunais brasileiros estão com dificuldade de garantir integralmente os 4 elementos estruturantes, quais sejam: informação-reação-diálogo-influência.

Há inúmeros recursos de apelação e recurso especial junto aos tribunais buscando anular decisão surpresa, decisão sem fundamentação e que no fundo acabou por violar o contraditório para as partes. Assim, reiteradas vezes os tribunais enfrentam o tema de forma a reformar decisões de primeiro grau que insistem em não respeitar o devido contraditório e fundamentação das decisões.

Exemplificando o que estamos dizendo, no julgamento do Recurso Especial n. 1641446/PI, de Relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva,

³⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. *Estudos sistemáticos do CPC (com alterações pela lei n. 13.256, de 4/2/2016)*. 2. ed. Belo Horizonte : D'Plácido, 2016, p. 184.

da Terceira Turma, decidiu que houve violação do contraditório em razão da existência de uma decisão surpresa. Segundo sustentou o Relator: “(...) a Corte local, ao inovar no julgamento da apelação, trazendo a afirmação de que o contrato ajustado entre as partes era de agência, cerceou o direito de defesa do réu, impondo-lhe as consequências previstas pela Lei nº 4.886/1965 para a rescisão imotivada do contrato de representação comercial sem que houvesse requerimento da autora e sem possibilidade de apresentar argumentos ou produzir provas em sentido contrário”.

Após o CPC-2015, podemos encontrar inúmeras decisões pelos tribunais do Brasil indicando que há a necessidade de respeitar o contraditório e a fundamentação das decisões, sob pena de nulidade da decisão (art. 10 do CPC e art. 489, §1º do CPC). Portanto, não se admite mais o indeferimento de petição inicial (sentença sem o julgamento do mérito) sem que antes seja oportunizado ao autor o direito de emenda e de manifestação sobre a ausência de interesse ou legitimidade. Também não se admite mais a declaração de prescrição e decadência, no curso do processo, sem que as partes possam ser previamente ouvidas e nem decisão de ofício sem que haja prévia manifestação da parte. Inaugurou-se, como o CPC-2015 uma nova realidade processual e uma nova de postura pelos tribunais e seus julgadores. Há a indicação expressa e direta de que o contraditório deve ser respeitado e que a motivação da decisão serve diretamente para fiscalizar se ele está sendo observado.

Em uma rápida pesquisa junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no mês de agosto de 2018, foram encontrados através da pesquisa e da utilização verbete decisão-surpresa, 84 ocorrências de Acórdãos que decidiam sobre o tema da violação do contraditório em razão da ocorrência de uma decisão surpresa pelos juízos de primeiro grau. Pelo que percebemos, todos foram no sentido de sustentar a nulidade de decisão que não respeitou o art. 10 e 489, §1º, IV do CPC. No entanto, ainda parece que na maioria dos casos, o entendimento feito pelo TJMG é no sentido de que devem os julgadores enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes de fato e de direito e não apenas enfrentar as questões ou os fundamentos jurídicos não sendo obrigatório dizer e rebater os argumentos legais trazidos pelas partes.

Regra do art. 10 e art. 489, §1º, IV do CPC impõe o contraditório

pleno e determina a impossibilidade de qualquer julgamento com base em questão não debatida pelas partes. Havendo necessidade de discutir uma questão para a decisão, deve o julgador abrir prazo para manifestação das partes sob pena de incorrer em nulidade da decisão.

Com tais considerações, verificamos que os tribunais brasileiros vêm buscando e impondo aos seus julgadores uma maior responsabilidade jurisdicional no objetivo de garantir o efeito contraditório. Por todo o país, há inúmeras decisões que buscam explicar o contraditório como elemento e garantia fundamental do processo e da necessidade de participação das partes. As palavras de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias podem sintetizar a esperança de um processo constitucional e da garantia do contraditório efetivo, são elas: “o contraditório, princípio componente do devido processo legal, na atualidade, não mais pode ser entendido na concepção restritiva de ciência bilateral e contrariedade aos atos e termos do processo. Seu alcance técnico-científico é bem maior, devendo-se compreendê-lo como garantia fundamental das partes de participação e manifestação efetivas em todos os atos e fases do procedimento, sem exceções de quaisquer espécies, possibilitando-lhes influírem na geração de um pronunciamento decisório favorável aos seus interesses. Somente assim, ter-se-á decisão gerada democraticamente pela participação dos sujeitos do processo (partes contraditórias e juiz), com a implementação técnica dos direitos e garantias constitucionais ostentados pelas partes³⁹.”

Felizmente, apesar de uma demora acima do razoável, a passos lentos, o judiciário brasileiro vem modificando sua estrutura e forma de trabalho para dar cumprimento ao contraditório e a fundamentação das decisões conforme previsto no art. 7, 9, 10 e 489, §1º do CPC. Isso levará o Brasil a um ganho de legitimidade e de qualidade das decisões que nunca foi experimentado na prática judiciária brasileira. Na democracia a fiscalização deve ser incessante e todos os sujeitos devem fazer cumprir e fiscalizar para evitar que o contraditório seja descumprido ou deixado como letra morta no CPC-2015.

³⁹BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 175.

5 CONCLUSÃO

Assim, pretendemos explicar que o art. 5º, LV da CR/88 inaugurou, normativamente, o processo constitucional brasileiro, elevando o contraditório a condição de garantia fundamentação do cidadão, da democracia e permitindo que no processo as partes pudessem efetivamente participar.

O art. 5º, inc. LV da CR foi um resultado brasileiro de uma tendência mundial de garantir democracia endoprocessual e permitir que houvesse uma responsabilidade de todos os sujeitos processuais no processo de tomada de decisão e nas resoluções das questões que estavam sendo colocadas para discussão no judiciário brasileiro.

No entanto, mesmo com a Constituição da República de 1988 indicando a necessidade de observar o contraditório, a prática processual brasileira, respaldada pelo CPC de 1973 entendia que o contraditório era apenas o direito de dizer e contradizer nos autos, uma mera dialética processual não vinculando a decisão e nem o juiz.

Felizmente, ainda que com mais de 27 anos de atraso, com a inauguração do CPC-2015, o déficit normativo processual brasileiro foi resolvido e finalmente o contraditório foi explicado como um direito que precisa ser observado com a efetivação participação das partes, com a cooperação dos sujeitos processuais, com a necessária publicidade e com a fundamentação das decisões que evitam as decisões inconstitucionais e surpresas. Devemos sempre ficar vigilantes e fiscalizar todos os processos no objetivo de evitar que a conquista histórica do contraditório se perca em uma pratica forense que apenas vise a quantidade de decisões e não a qualidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Isabella Fonseca. *A cooperação processual no Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: D' Plácido, Belo Horizonte, 2017.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 175.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS,

Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa; BRÊTAS, Yvonne Mól. *Estudos sistemáticos do CPC (com alterações pela lei n. 13.256, de 4/2/2016)*. 2. ed. Belo Horizonte : D´Plácido, 2016.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. col. I, n. 1. 1973,

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Processo Constitucional como Instrumento da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.3, n. 5, p. 164-165, jan./jun. 2000.

CHAVES, Luis Cláudio da Silva; FERRAZ, Egmar Sousa. *Processo civil moderno: em homenagem ao professor Raimundo Cândido*. Brasília: OAB, Conselho Federal 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Comentários ao art. 6º do CPC. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Orgs.). *Comentários do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

DIDIER, Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992.

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

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apud* MARCATO, Antônio Carlos. Preclusões: Limitação ao Contraditório?. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 5, n. 17, 1980.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

Data de Submissão: 30/08/2018, Data de Aprovação: 01/10/2018

COMO CITAR ESTE ARTIGO

SOARES, Carlos Henrique. A evolução do contraditório na jurisprudência e no direito processual civil brasileiro. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, Guanambi, BA, v. 5, n. 1, p. 115-139, jan./jun. 2018. ISSN 2447-6536. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/200>. Acesso em: dia mês. Ano. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v5i1.200>.