

# O PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E OS FUNDAMENTOS DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO<sup>1</sup>

Leonardo Carneiro da Cunha<sup>2</sup>

Resumo: O presente texto examina os principais fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, que decorrem do Estado Constitucional.

Palavras chave: Projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro – Regras do direito brasileiro – Precedentes – Jurisprudência – Contraditório – Cooperação.

Riassunto: Questo articolo esamina i principali fondamenti della progettazione del nuovo codice di procedura civile brasiliana, derivanti dallo Stato costituzionale.

Parole chiave: Progetto del nuovo Codice di Procedura Civile brasiliano – Norme di diritto brasiliano – Precedenti – Giurisprudenza – Contraddittorio – Cooperazione.

Sumário: 1. O projeto do novo CPC e o atual estágio constitu-

---

<sup>1</sup> Publicado na *Revista de Processo*. São Paulo: RT, julho-2012, v. 209, p. 349-374.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-doutorado na Universidade de Lisboa. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Professor colaborador do curso de mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Diretor de Relações Institucionais da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.

cional. 2. O projeto do novo CPC e seus fundamentos. 3. O projeto do novo CPC e a valorização da jurisprudência, com observância dos precedentes. 4. O projeto do novo CPC e o contraditório como influência. 5. O projeto do novo CPC e os deveres da cooperação. 6. Conclusões. Bibliografia.

## 1. O PROJETO DO NOVO CPC E O ATUAL ESTÁGIO CONSTITUCIONAL



Depois de proclamada sua independência e reconhecida sua soberania, o Império do Brasil passou a dispor de autonomia legislativa, editando normas sobre a administração da Justiça Civil. Por meio da Lei de 29 de novembro de 1832, promulgou-se o Código de Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil.

Naquela época imperial brasileira, o processo civil regulava-se por tal lei, com aplicação das ordenações portuguesas.

Em 1850, foi editado, no Brasil, o Regulamento nº 737, que continha dispositivos que regulavam o processo civil. Com a proclamação da República, o direito processual civil passou a ser matéria disciplinada em leis estaduais. Daí surgiram os Códigos de Processo Civil dos Estados-membros.

Com o advento da Constituição Federal de 1934, o direito processual deixou de se inserir na competência privativa dos Estados-membros, passando a constituir competência legislativa da União. Em razão disso, veio a ser editado o Código de Processo Civil de 1939.

Posteriormente, foi editado o Código de Processo Civil de 1973, o qual ainda se mantém em vigor, depois de sucessivas mudanças legislativas.

Como se sabe, está a tramitar no Congresso Nacional

projeto de lei conducente à aprovação do novo Código de Processo Civil. Será o primeiro Código de Processo Civil editado sob os auspícios da atual Constituição Federal.

Uma vez aprovado, promulgado e sancionado, o novo Código de Processo Civil estará inserido no contexto do Estado Constitucional. Os anteriores Códigos de Processo Civil estavam inseridos numa época constitucional bem diversa, quando o padrão do direito era o legislador. Os elementos componentes do direito cingiam-se à lei, impondo uma postura metodológica em que a atividade judicial era meramente declaratória dos enunciados normativos<sup>3</sup>.

O atual estágio constitucional decorre da transformação do Estado de Direito legislativo dos oitocentos no Estado Constitucional dos novecentos<sup>4</sup>. O produto do desenvolvimento constitucional no atual momento histórico é o Estado Constitucional<sup>5</sup>.

Uma das características do Estado Constitucional é a garantia de proteção dos direitos fundamentais. Estes, tal como lhes concebe a doutrina e a jurisprudência constitucionais desenvolvidas na segunda metade do século XX, passaram a compor o cerne de todos os ordenamentos jurídicos, como valores informativos e diretivos, de sorte a figurar, no dizer de Robert Alexy<sup>6</sup>, como normas de otimização do sistema jurídico.

Se o Estado Liberal consagrou a ideia de liberdade e o Estado Social primou pela igualdade material, o Estado Constitucional teve como vetor a noção de solidariedade, como valor objetivo a ser perseguido pelo Estado e pelos particulares.

Fundados na dignidade humana, os direitos de solidarie-

---

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 208.

<sup>4</sup> *Ibidem*, passim.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 87.

<sup>6</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1979.

dade não são apenas concebidos como direitos de defesa do cidadão nem, por outro lado, tão só direitos a prestações exercíveis em face do Estado. São, de igual modo, direitos que visam à construção de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática. É nesse cenário de efetivação do princípio da solidariedade, erigido como objetivo da República brasileira, no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, que o direito brasileiro adota a teoria da aplicabilidade das normas constitucionais sobre o ordenamento jurídico processual.

O reconhecimento dessa força normativa da Constituição, juntamente com a nova hermenêutica constitucional e com a ampliação da jurisdição constitucional, são os três elementos que viabilizaram a constitucionalização do direito, entendida como um fenômeno de expansão da aplicabilidade das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico se irradia, com força normativa, sobre todo o sistema jurídico. Os princípios constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento.

Reconhece-se, no atual momento doutrinário, que a Constituição efetivamente ocupa o centro do sistema jurídico, de onde passa a irradiar valores objetivos através dos quais devem ser criadas, interpretadas e aplicadas as normas jurídicas, aí incluídas aquelas que dizem respeito ao Direito Processual Civil.

O novo Código de Processo Civil, a ser editado em breve, insere-se nesse contexto, devendo refletir os valores e os fundamentos do Estado Constitucional.

O Estado Constitucional é, a um só tempo, Estado de direito e Estado democrático. Nos termos do art. 1º da Constituição Federal de 1988, “[a] República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”.

O texto constitucional brasileiro atualmente em vigor

reconhece a existência de um Estado Constitucional, ao afirmar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado *Democrático de Direito*. O Estado Constitucional é um Estado com *qualidades*. É um Estado constitucional democrático de direito. Há, nele, duas grandes qualidades: Estado de direito e Estado democrático<sup>7</sup>.

O Estado de direito caracteriza-se pela submissão do Estado ao ordenamento jurídico com a finalidade de garantir segurança jurídica a seus cidadãos<sup>8</sup>. Por sua vez, a principal característica do Estado democrático, sem embargo do pluralismo político, está na prévia participação de todos<sup>9</sup>.

Do Estado de direito extraem-se os princípios da legalidade, da igualdade, da segurança jurídica e da confiança legítima. Já do Estado democrático defluem a liberdade, a legitimidade e a participação.

Para que se possa garantir obediência ao princípio da legalidade, é preciso que se disponibilizem mecanismos para que as normas sejam criadas, concebidas e aplicadas de modo uniforme a todos que, *no mesmo contexto histórico-social*, encontrem-se na mesma situação.

Em outras palavras, para que haja obediência ao princípio da legalidade, deve-se respeitar a isonomia. Com isso, obtém-se segurança e garante-se a confiança legítima.

Já a participação, inerente à ideia democrática, reclama que o poder seja exercido com a colaboração de todos que se apresentem como interessados no processo de decisão. A participação, como esclarece Francisco Fernandez Segado, desborda dos limites estritamente políticos para projetar-se em todas as manifestações da vida em comunidade<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Ob. cit., p. 92-93.

<sup>8</sup> SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid: DYKINSON, 1992, p. 110.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 118.

É pela participação que se legitima a conduta dos agentes de Estado que implementam o quanto deliberado nas instâncias próprias. Quer isso dizer que a atuação do Estado, para ser legítima, há de decorrer das deliberações democráticas.

## 2. O PROJETO DO NOVO CPC E SEUS FUNDAMENTOS

O projeto do novo CPC insere-se no contexto do Estado Constitucional e encampa suas características. Como já restou demonstrado, o Estado Constitucional é, a um só tempo, Estado de direito e Estado democrático. Como Estado de direito, o Estado Constitucional impõe observância aos princípios da legalidade, isonomia, segurança jurídica e confiança legítima.

Nesse sentido, o projeto do novo CPC reclama obediência aos princípios da legalidade e da isonomia. E, para assegurar isonomia, o projeto preocupa-se com a segurança jurídica, prevendo normas que estimulam a uniformização e a estabilização da jurisprudência.

Assim, dispositivo expresso do projeto estabelece que devem os tribunais velar pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, devendo editar enunciados de sua súmula de jurisprudência dominante e seguir a orientação firmada em precedentes de seus próprios órgãos internos e dos tribunais superiores. A mudança de entendimento sedimentado na jurisprudência há de observar a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando a estabilidade das situações jurídicas.

A uniformização e a estabilização da jurisprudência revelam-se sobremodo relevantes em causas repetitivas. Com a finalidade de obter maior racionalidade e uniformidade, o projeto mantém várias das regras existentes no atual CPC, a cujo lado faz crescer o chamado *incidente de resolução de demandas repetitivas* a ser instaurado perante o tribunal em razão de provocação do juiz, do relator, de uma das partes, do Ministé-

rio Público ou da Defensoria Pública, com a finalidade de ser fixada a tese jurídica a ser aplicada aos diversos casos repetitivos.

O Estado democrático, característica do Estado Constitucional, funda-se na liberdade e na participação. Inserido nesse contexto, o projeto do novo CPC confere poderes às partes para transacionarem sobre o direito material discutido no caso, bem como sobre o próprio processo, dispondo sobre direitos, deveres, ônus e faculdades processuais.

Exemplo disso é a possibilidade de as partes, em conjunto, sob a coordenação do juiz, estipularem o calendário processual, determinando, previamente, os momentos em que os atos processuais serão realizados. Tome-se, ainda, como exemplo a liberdade de as partes indicarem o perito que elaborará o correspondente laudo, cabendo ao juiz fiscalizar a higidez do procedimento.

Da ideia de Estado democrático extrai-se a boa-fé objetiva ou, simplesmente, *boa fé lealdade*, que se relaciona com a honestidade, probidade ou lealdade com a qual a pessoa mantém em seu comportamento. Todos devem atuar com retidão, colaborando para a decisão final, sendo certo afirmar que o princípio da boa-fé atua como norma legitimadora do processo.

Ora, na medida em que o processo se funda na boa-fé objetiva, proíbe-se o comportamento contraditório, não se permitindo que o sujeito pratique um ato que contradiga uma conduta anterior. A participação, além de efetiva, deve ser proba.

Também nesse sentido consagra-se, em combinação com o princípio do contraditório, a obrigatória discussão prévia da solução do litígio, conferindo às partes oportunidade de influenciar as decisões judiciais, evitando, assim, a prolação de “decisões-surpresa”. Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz.

O processo há, enfim, de ser cooperativo. A necessidade

de participação, que está presente na democracia contemporânea, constitui o fundamento do princípio da cooperação. A colaboração assenta-se no Estado Constitucional<sup>11</sup>.

Além da vedação de decisão-surpresa, o processo cooperativo impõe que o pronunciamento jurisdicional seja devidamente fundamentado, contendo apreciação completa das razões invocadas por cada uma das partes para a defesa de seus respectivos interesses<sup>12</sup>.

Seguindo a previsão contida no Código de Processo Civil português<sup>13</sup>, da qual se extrai a existência da cooperação das partes com o tribunal, bem como da do tribunal com as partes<sup>14</sup>, o projeto contém dispositivos que estabelecem ter o juiz o *dever de esclarecimento*, o *dever de prevenção*, o *dever de consulta* e o *dever de auxílio*, havendo, enfim, um *dever de cooperação*<sup>15</sup>.

Esses são os principais fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil, merecendo destaque os dispositivos que exigem a valorização da jurisprudência, com observância dos precedentes, bem como os que tratam do contraditório co-

---

<sup>11</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr. 2011, v. 194, p. 61.

<sup>12</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 137.

<sup>13</sup> Para maiores detalhes, consultar, DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, passim.

<sup>14</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 55, julho 1995, p. 361.

<sup>15</sup> Sobre os deveres de cooperação, consultar GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jun. 2009, v. 172, p. 33-36; SANTOS, Igor Raatz dos. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de resolução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, fev. 2011, v. 192, p. 62-73.



mo influência e dos que se referem aos deveres da cooperação.

### 3. O PROJETO DO NOVO CPC E A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA, COM OBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES

Em virtude de vários dispositivos contidos no projeto do novo CPC, a atividade jurisdicional deve orientar-se pela necessidade de adoção de mecanismos de uniformização de jurisprudência, com vistas ao atendimento das exigências de isonomia e de segurança jurídica.

Não se tolera mais a possibilidade de os órgãos jurisdicionais, diante de situações concretas similares, conferirem resultados díspares. A divergência jurisprudencial atenta contra o princípio da isonomia. É preciso que casos iguais tenham idêntica solução jurídica. Nesse sentido, firmado entendimento jurisprudencial sobre determinado tema, os casos que envolvam tal assunto devem seguir esse mesmo entendimento.

Assim, emitido um precedente por um tribunal de cúpula que tenha competência para definir a interpretação sobre aquele assunto, devem o próprio tribunal e os demais órgãos jurisdicionais segui-lo, assegurando-se assim a indispensável e a desejável isonomia.

A obediência aos precedentes e a uniformização da jurisprudência prestam-se a concretizar, ainda, a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações jurídicas homogêneas ou para situações de fato semelhantes, sendo certo que decisões divergentes não atingem a finalidade de aplacar os conflitos de que se originaram as demandas. Casos iguais devem ter, necessariamente, decisões iguais, sob pena de se instaurar um estado de incerteza.

O respeito aos precedentes assegura a segurança jurídica, conferindo credibilidade ao Poder Judiciário e permitindo que

os jurisdicionados pautem suas condutas levando em conta as orientações jurisprudenciais já firmadas. Em outras palavras, o respeito aos precedentes estratifica a *confiança legítima*: os jurisdicionais passam a confiar nas decisões proferidas pelo Judiciário, acreditando que os casos similares terão o mesmo tratamento e as soluções serão idênticas para situações iguais.

Como afirma Michele Taruffo, impõe-se inaugurar uma séria política do precedente, com a finalidade de introduzir um grau apreciável de uniformidade e de coerência na própria jurisprudência<sup>16</sup>.

Costuma-se dizer que os precedentes seriam institutos próprios dos ordenamentos de *common law*. Não é verdade. Os precedentes existem em todos os sistemas; se há decisão judicial, há precedente. É inegável a importância que o emprego do precedente e da jurisprudência reveste na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. A referência ao precedente não é mais uma característica peculiar dos ordenamentos de *common law*, estando presente em quase todos os sistemas, também de *civil law*<sup>17</sup>.

O precedente nada mais é do que uma decisão judicial, que tem relação de anterioridade a outras, servindo-lhes de premissa. E isso, como afirmado, existe em qualquer sistema. É comum que determinada decisão sirva de paradigma ou de premissa para julgamentos posteriores de casos análogos.

O precedente e a prática constante de segui-lo não é, como lembra Ugo Mattei, uma peculiaridade dos sistemas de *common law*, porque a ideia segundo a qual os casos símiles devem ser decididos de modo semelhante é um princípio de justiça reconhecido no âmbito de toda a tradição jurídica oci-

---

<sup>16</sup> TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Editoriale Scientifica, 2007, p. 31.

<sup>17</sup> TARUFFO, Michele. Ob. cit., p. 7.

dental<sup>18</sup>. O que é típico ou próprio do *common law* é o *stare decisis*, que indica uma obrigação jurídica dos juízes sucessivos de não discordar de certos precedentes<sup>19</sup>.

Conforme adverte François Rigaux, a situação dos países de *civil law* afasta-se menos do que poderia parecer da dos países de *common law*. A doutrina do precedente, nos países de *civil law*, está presente sob uma forma velada: os órgãos jurisdicionais inferiores devem respeitar a lei, a qual é um texto interpretado pela corte suprema em cuja instância estão sediadas. Elas são, por conseguinte, censuradas por ter transgredido a lei, isto é, a interpretação que esta recebeu da jurisprudência anterior<sup>20</sup>.

Os órgãos jurisdicionais, convocados para solucionar conflitos, proferem decisões. Cada decisão constitui um *precedente judicial*. A resolução de um caso concreto forma uma opinião jurídica expressada pelo órgão jurisdicional, vindo a representar um paradigma ou um modelo para futuras resoluções que se refiram a casos semelhantes, nos quais tenha relevância a mesma questão jurídica. Tais resoluções paradigmáticas são os *precedentes* que servem para orientar os tribunais em casos futuros, sendo útil à uniformidade e à continuidade da jurisprudência, assegurando, assim, a segurança jurídica<sup>21</sup>.

Como afirma José Rogério Cruz e Tucci, o *precedente* nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos<sup>22</sup>.

Michele Taruffo lembra que *precedente* e *jurisprudência* são termos frequentemente utilizados como se fossem sinôni-

---

<sup>18</sup> *Il modello di common law*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 133-134.

<sup>19</sup> *Idem*, p. 134.

<sup>20</sup> *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 155.

<sup>21</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 610-611.

<sup>22</sup> *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 11-12.

mos, mas existe entre eles uma nítida distinção. Há, antes de tudo, uma distinção de caráter *quantitativo*: quando se fala em *precedente*, refere-se somente a *uma única* decisão relativa a um caso particular, enquanto a alusão à *jurisprudência* indica a existência de uma *pluralidade* considerável de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. A decisão que se assume como *precedente* é uma só. Diversamente, o que se chama *jurisprudência* é a referência a muitas decisões<sup>23</sup>.

Com efeito, enquanto o *precedente* consiste numa única decisão, a ser examinada com detalhes, a *jurisprudência*, ou a *jurisprudência dominante*, pressupõe uma coleção de decisões reiteradas no mesmo sentido em dado tribunal ou num conjunto de tribunais ou órgãos jurisdicionais.

O precedente constitui a diretriz a ser seguida no julgamento de futuros casos análogos, assegurando-se, assim, maior previsibilidade na solução dos litígios e conferindo tratamento isonômico a quem se encontre na mesma situação, porquanto as soluções de casos similares passam a ser as mesmas.

É preciso, enfim, que haja respeito aos precedentes e observância dos seus elementos e das técnicas destinadas à sua aplicação. Daí a necessidade de se examinar, a essa altura, os elementos do precedente, seus efeitos e os mecanismos de sua aplicação e de seu afastamento em cada caso concreto.

É comum ao órgão judicial, para dar solução ao caso concreto, valer-se de algum *texto* normativo, dele retirando a *norma* que confere fundamentação à sua decisão. Em outras palavras, de um *texto* normativo extrai-se a *norma* jurídica aplicável ao caso. Ao resolver um caso que é submetido ao seu crivo, o órgão julgador extrai do *texto* normativo a *norma*, aplicando sua consequência jurídica. Para tanto, é preciso que descreva a situação a que deve ser aplicada a norma, determinando, assim, o que deve ser considerado, juridicamente, inserido naquela previsão. Edita-se, assim, o *precedente*, que pode ser-

---

<sup>23</sup> *Precedente e giurisprudenza*. Editoriale Scientifica, 2007, p. 11-12.

vir de padrão para outros casos futuros<sup>24</sup>.

Como esclarece José Rogério Cruz e Tucci, todo precedente é composto por duas partes: *a*) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e *b*) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório<sup>25</sup>. Este último elemento, que consiste na tese ou no princípio jurídico expresso no fundamento da decisão, é o que se chama de *ratio decidendi*.

Costuma-se dizer que o precedente há de ser seguido por decisões posteriores. Na verdade, o que deve ser seguido por decisões posteriores é exatamente a *ratio decidendi* de uma decisão, de sorte que se pode dizer que o conceito de *ratio decidendi* constitui a chave da doutrina do precedente<sup>26</sup>.

A *ratio decidendi* pode ser definida como a concreta expressão do resultado a que chegou o juiz com a interpretação e a aplicação da norma jurídica ao caso que lhe foi posto a julgamento<sup>27</sup>. Em outras palavras, a *ratio decidendi* consiste numa regra geral sem a qual o caso seria decidido diversamente<sup>28</sup>. Quer isso dizer que a *ratio decidendi* identifica-se, não com a decisão do caso concreto, mas com a razão jurídica da decisão, ou seja, com o princípio jurídico que, aplicado aos fatos, determinou aquela particular decisão.

A *ratio decidendi* é, enfim, a essência da tese jurídica que serviu de fundamento para a solução do caso concreto (*rule of*

---

<sup>24</sup> SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. A. Kaufmann e W. Hassemer (org.). Trad. Marcos Keel. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, n. 9.3.2, p. 391.

<sup>25</sup> Ob. cit., p. 12.

<sup>26</sup> SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, n. 6, p. 81.

<sup>27</sup> CORDOPATRI, Francesco. *La ratio decidendi (considerazioni attuali)*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1990, v. 45, p. 184.

<sup>28</sup> MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 140.

*law*). É essa regra de direito que deve ser seguida nos casos futuros.

A *ratio decidendi* contém a solução hermenêutica enunciada no caso concreto, mas que serve como orientação abstrata para casos similares. Desenvolve, assim, a função do precedente em sentido jurisprudencial, indicando o fundamento do caso e oferecendo-o aos juízes das futuras decisões sucessivas<sup>29</sup>.

Há quem veja a *ratio decidendi* na argumentação utilizada pelo juiz na sua sentença e quem a identifique com o princípio de direito proclamado na decisão judicial ou quem, ainda, a caracterize como o critério de decisão escolhido e seguido pelo juiz no caso concreto. Há quem identifique na *ratio decidendi* o requisito estrutural fundamental da argumentação que acarretou o desfecho da causa ou a meça pela correspondência entre a *causa petendi* da demanda e o *thema decidendum*. Enfim, a *ratio decidendi* é identificada como a argumentação jurídica, ou como o princípio de direito, ou como o critério de decisão, sendo, em outras palavras, identificada com a motivação ou com parte, mais ou menos relevante, dela<sup>30</sup>.

É polêmica a precisa identificação do que seja *ratio decidendi*, sendo igualmente controvertida a determinação do melhor método destinado a estabelecê-la. Discute-se se há ou não uma *ratio decidendi* obrigatoriamente contida em qualquer decisão, ou se ela não seria simplesmente uma proposição de direito que os órgãos jurisdicionais posteriores entendem oportuno extrair de uma decisão anterior como base a partir da qual se poderiam justificar decisões posteriores.

Tudo que não compõe a *ratio decidendi* identifica-se como *obiter dictum* (ou *incidenter* ou *gratis dictum* ou apenas

---

<sup>29</sup> CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi (considerazioni attuali). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1990, v. 45, p. 193.

<sup>30</sup> CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi (profilo storico e comparativo). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, v. 44, p. 704-709.

*dictum*). O *obiter dictum* não faz parte da atividade hermenêutica e aplicativa inerente ao caso concreto; constitui, portanto, uma mera afirmação estranha à interpretação e aplicação da norma jurídica<sup>31</sup>. É, em outras palavras, o que o julgador, ao argumentar, afirma de passagem e sem constituir a razão específica da decisão, ainda que se refira a conceitos do ordenamento jurídico em que se funda<sup>32</sup>.

Como afirma Francesco Cordopatri, o *obiter dictum* de hoje pode ser a escolha hermenêutica de um caso futuro<sup>33</sup>, passando a ostentar a característica de *ratio decidendi*.

Os *obiter dicta* (ou apenas *dicta*) não são *authorities*, mas podem ter um valor persuasivo diretamente proporcional ao prestígio da Corte que o exprimem, comparáveis à citação a um trabalho doutrinário<sup>34</sup>.

#### 4. O PROJETO DO NOVO CPC E O CONTRADITÓRIO COMO INFLUÊNCIA

Do Estado democrático extrai-se o princípio do devido processo legal. Daí por que, nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. É necessária, portanto, obediência ao devido processo legal, daí se extraindo o princípio do contraditório, previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual ninguém poderá ser atingido por uma decisão judicial, sem ter a possibilidade de influir na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária.

---

<sup>31</sup> CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi (considerazioni attuali). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1990, v. 45, p. 192.

<sup>32</sup> BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, p. 212, nota de rodapé n. 11.

<sup>33</sup> Ob. Cit., p. 203.

<sup>34</sup> MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 141.

Tais disposições constitucionais, em outras palavras, garantem que não haverá perdimento de bens nem da liberdade, sem que haja decisão judicial, proferida num procedimento adequado, com obediência às regras processuais; enfim, somente haverá tais perdas, se obedecido o devido processo legal e respeitados o contraditório e a ampla defesa.

O contraditório, em sua versão tradicional, era mais restritivo, pois se limitava a impor a cientificação das partes acerca dos atos processuais e a obediência à bilateralidade de audiência.

Enfim, o princípio do contraditório deveria compreender: (a) o direito de ser ouvido; (b) o direito de acompanhar os atos processuais; (c) o direito de produzir provas; (d) o direito de ser informado regularmente dos atos praticados no processo; (e) o direito à motivação das decisões; (f) o direito de impugnar as decisões. Para que tudo se realizasse, seria preciso a ciência das partes.

A noção inicial e mínima do contraditório relaciona-se, como se percebe, com a tempestiva ciência das partes sobre os atos processuais. Segundo assinala Federica Dotti, com apoio nas lições de Luigi Paolo Comoglio, a efetividade do direito de defesa pressupõe a concreta e tempestiva ciência do tempo, da forma e do modo que o ordenamento confere a determinados sujeitos de participarem ativamente do processo. Quer isso dizer que as formas de comunicação e de notificação, previstas na legislação processual, devem constantemente garantir as melhores condições de ciência dos atos a seus destinatários, não se admitindo a pura e simples presunção de eventual cientificação<sup>35</sup>.

O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de

---

<sup>35</sup> DOTTI, Federica. *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2005, p. 173.



contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de *efetiva participação* das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito<sup>36</sup>.

O contraditório não é necessário apenas para a prolação da sentença de mérito. Ele deve ser observado ao longo de todo o procedimento, relativamente a todas as questões, sejam de rito ou de mérito<sup>37</sup>. Ao longo de todo o procedimento há questões a serem enfrentadas. Para examinar e decidir sobre cada uma delas, deve o juiz instaurar o contraditório prévio.

Às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz. O contraditório guarda estreita relação com o princípio da isonomia, exatamente porque as partes devem dispor da possibilidade de expor suas versões, apresentar suas defesas e participar, enfim, do processo em idênticas oportunidades<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Na fase mais recente da ciência processual, há uma diversa concepção nos confrontos entre o princípio do contraditório e o processo. O processo não é outra coisa senão o juízo e a formação do juízo. Tornou-se interesse do jurista investigar os mecanismos de formação do juízo e, antes de tudo, o contraditório e a colaboração das partes na busca da verdade. O contraditório, a partir daí, passou a ostentar importância central no estudo do processo, sendo erigido à garantia constitucional. A defesa em juízo é, em primeiro lugar, garantia do contraditório e a igualdade de armas assume o valor de condição de legitimidade constitucional da norma processual. Com isso, não se postula a absoluta identidade entre os poderes das partes, mas se objetiva evitar injustificáveis diferenças de tratamento (PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998, n. 3, p. 678).

<sup>37</sup> FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, giugno 1986, n. 2, p. 431.

<sup>38</sup> LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 307-309.

Significa que a principal finalidade do contraditório deixou de ser a apresentação de *defesa* pelo réu, para passar a ser a *influência* no desenvolvimento e no resultado do processo<sup>39</sup>, razão pela qual constitui direito não só do réu, mas também do autor. O contraditório constitui expressão da *participação*: todo poder, para ser legítimo, deve permitir a participação de quem poderá ser atingido com seu exercício.

O juiz também é sujeito do contraditório. Este não concerne apenas às partes, mas também ao juiz. O contraditório não se resume à defesa do réu, alcançando todos os sujeitos do processo. O direito à ampla defesa do réu integra o contraditório em seu aspecto substancial. Em outras palavras, o direito de defesa é conteúdo do contraditório, sendo apenas um de seus aspectos<sup>40</sup>.

Para que haja participação e exercício do direito de defesa, é preciso que se efetive a informação prévia e a possibilidade de reação.

Na verdade, o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todos os seus estágios e graus, como condição de paridade entre as partes<sup>41</sup>. Um procedimento em

---

<sup>39</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 369-371.

<sup>40</sup> “É possível dizer que o contraditório exterioriza a defesa, ou que a defesa é o fundamento do contraditório. Porém, tais conceitos, ainda que corretos, são incompletos, uma vez que o direito de ação também necessita do contraditório. A confusão certamente deriva da circunstância de que a defesa, para ser exercida em sua fase inicial, isto é, diante da petição inicial apresentada pelo autor, requer a efetivação do contraditório, que tecnicamente pressupõe informação e possibilidade de reação (na generalidade dos casos). Ou seja, relaciona-se defesa com contraditório porque o réu necessita ser informado e ter a sua disposição os meios técnicos (prazo adequado, advogado) capazes de lhe permitir a reação.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006 p. 313-314).

<sup>41</sup> VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1, p. 106.

que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo<sup>42</sup>. Com efeito, não seria um processo civil aquele procedimento em que se conceda audiência a apenas uma das partes, se bem que seja suficiente dar a todas elas a simples *oportunidade* do contraditório, não sendo necessário que haja *efetiva* manifestação<sup>43</sup>.

A obediência ao princípio do contraditório constitui garantia da imparcialidade do juiz. O magistrado que não confere audiência a ambas as partes e, de resto, não cumpre o primado do contraditório já terá, somente por isso, cometido uma parcialidade, por não haver investigado senão a metade do que poderia verificar<sup>44</sup>.

Em virtude da atual dimensão conferida ao contraditório, o juiz deve submeter a debate entre as partes as questões jurídicas, aí incluídas as matérias que ele há de apreciar de ofício<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> NICOLETTI, Carlo Alberto. *Profili istituzionali del processo civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 7.

<sup>43</sup> SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950, § 10, p. 46.

<sup>44</sup> ALONSO, Pedro Aragonés. *Proceso y derecho procesal (introducción)*. 2ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 130.

<sup>45</sup> Daí por que o n. 3 do art. 3º do CPC português assim estabelece: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

Observa-se que o dispositivo dispensa o contraditório em casos de “manifesta desnecessidade”, sem esclarecer que casos seriam esses. Segundo António Santos Abrantes Gerales, são limitadas as situações em que se permite ao juiz decidir qualquer questão sem ouvir as partes: a) para indeferir qualquer nulidade invocada por uma das partes; b) em matéria de procedimentos cautelares, quando necessário prevenir a violação do direito ou garantir o resultado útil da demanda, destacando-se, ainda, uma específica hipótese de decretação de falência sem respeito ao contraditório prévio (*Temas da reforma do processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.

Realmente, o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, implicando a possibilidade de ser ouvido *também* em matéria jurídica<sup>46</sup>.

Assim, por exemplo, se ao juiz a parte aparenta ser ilegítima ou a norma invocada parece-lhe inconstitucional, mas não houve qualquer discussão ou debate sobre o assunto, cumpre-lhe, antes de se pronunciar a respeito, determinar a intimação das partes para que se manifestem sobre tal matéria. Ainda que lhe caiba examinar o assunto de ofício, impende conferir às partes a oportunidade de colaborar com a formação do seu convencimento, influenciando, desse modo, na decisão a ser tomada<sup>47</sup>.

Essa participação confere maior legitimidade à decisão,

---

82). Para José Lebre de Freitas, João Redinha e Rui Pinto, o contraditório prévio pode ser dispensado em procedimentos cautelares, na execução (em que a penhora é, em certos casos, realizada sem audiência prévia do executado), não devendo ter lugar o convite para discutir uma questão de direito, “quando as partes, embora não a tenham invocado expressamente nem referido o preceito legal aplicável, implicitamente a tiveram em conta sem sombra de dúvida, designadamente por ter sido apresentada uma versão fáctica não contrariada que manifestamente não consentia outra qualificação.” (*Código de Processo Civil anotado*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 1, n. 4, p. 7, n. 9, p. 10).

<sup>46</sup> Conforme esclarece Armindo Ribeiro Mendes, o Tribunal Constitucional português, a propósito do princípio do contraditório, impôs a prévia audição dos interessados em caso de eventualidade de condenação de uma parte como litigante de má fé, procedendo uma interpretação conforme à Constituição dos arts. 456º, nºs 1 e 2, e 458º do Código de Processo Civil. (Constituição e Processo Civil. *Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 553).

<sup>47</sup> Os antigos brocardos *da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia* expressam, tradicionalmente, que às partes cabe apenas apresentar ao juízo os fatos, cabendo a este examinar o direito aplicável ao caso. Embora caiba ao juiz analisar e aplicar o direito à espécie, impõe-se-lhe colher, sempre, a manifestação prévia das partes, a quem se deve permitir contribuir com a formação do seu convencimento (TROCKER, Nicolò. Ob. cit., p. 640-647).

evitando, inclusive, a existência de surpresa: as partes não serão surpreendidas com decisão que trate de matéria a respeito da qual não houve prévio debate, nem sobre a qual deixaram dar sua contribuição<sup>48</sup>.

É preciso observar o contraditório, a fim de evitar um “julgamento surpresa”. E, para evitar “decisões surpresa”, toda questão submetida a julgamento deve passar antes pelo contraditório. Quer isso dizer que o juiz tem o dever de provocar, preventivamente, o contraditório das partes, ainda que se trate de uma questão que possa ser conhecida de ofício, ou de uma presunção simples. Se a questão não for submetida ao contraditório prévio, as partes serão surpreendidas com decisão que terá fundamento numa questão que não foi objeto de debate prévio, não lhes tendo sido dada oportunidade de participar do convencimento do juiz. A decisão, nesse caso, não será válida, faltando-lhe legitimidade, haja vista a ausência de participação dos litigantes na sua elaboração.

O Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático inspirador da Constituição de 1988, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.

Daí se impor uma releitura à aplicação da máxima *iura*

---

<sup>48</sup> Segundo Luigi Montesano, a garantia constitucional do contraditório certamente não elimina nem atenua o princípio fundamental *iura novit curia*, isto é, o poder-dever oficioso do juiz de individualizar a norma aplicável em causa, não ficando vinculado à impositação da causa “em direito” por obra das partes. A garantia em debate incide, todavia, fortemente sobre o *modo* e o *tempo* do exercício daquele poder-dever e deveria conduzir, espera-se, a jurisprudência a mudar a linha de total liberdade de aplicação das normas jurídicas totalmente estranhas ao debate entre as partes. (La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, CEDAM, 2000, n. 4, p. 931).

*novit curia*, segundo a qual constituiria tarefa privativa do juiz a aplicação do direito independentemente da sua arguição pelas partes, cabendo a estas últimas apenas a alegação dos fatos. Vale dizer que a máxima *iura novit curia* há de ser interpretada conforme o princípio constitucional do contraditório, concretizando a finalidade de evitar surpresas de frustrar as expectativas legítimas causadas às partes.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal brasileiro, “Assegurada pelo constituinte nacional, a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador”<sup>49</sup>.

Além do mais, o princípio do contraditório tem um *conteúdo mínimo*, sendo necessária a intimação para manifestação sobre questão jurídica apresentada no curso do procedimento, desaguando na indispensável apreciação de *todas* as razões de defesa, ainda que não haja lei em tal sentido<sup>50</sup>.

O processo, para ser efetivo, deve ser estruturado de forma dialética, atendendo ao princípio do *contraditório*, em virtude do qual o processo há de ser *participativo*. E nem poderia ser diferente, porquanto a participação, própria do contraditório, é inerente ao regime democrático.

A composição participativa é inerente a qualquer processo, o que revela seu objetivo político. Para que se concretize o contraditório no processo, é preciso que se possibilite a participação das partes litigantes na atividade processual, na coleta de provas e no convencimento do juiz, a fim de que se obtenha um resultado justo, fruto de ampla colaboração.

O princípio do contraditório não se resume, já se disse,

---

<sup>49</sup> Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, RMS 24.536/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 2/12/2003, DJ de 5/3/2004, p. 33.

<sup>50</sup> Sobre o conteúdo mínimo do princípio do contraditório, há vários precedentes do STF do Brasil, sendo oportuno mencionar, a título exemplificativo, o RE 431.121/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 28/10/2004, p. 41.

na sua compreensão como direito de informação e reação, ou como direito de influência. A participação propiciada pelo contraditório serve não apenas para que cada litigante possa influenciar a decisão, mas também para viabilizar a colaboração das partes com o exercício da atividade jurisdicional.

Significa que, em razão do contraditório, a atividade jurisdicional deve pautar-se num esquema dialógico, de modo a exigir que o juiz exerça a jurisdição com o auxílio das partes, proferindo decisão legítima, aprimorada e justa. 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.

O princípio do contraditório, tal como previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, tem aplicação a *qualquer* processo judicial. Vale dizer que tal princípio aplica-se ao processo de conhecimento, ao processo de execução e ao processo cautelar.

É óbvio que o princípio do contraditório não se aplica na execução com a mesma intensidade que incide no processo de conhecimento, mas é indubitosa sua aplicação na execução. Na execução, tanto o exequente como o executado têm direito de ser cientificados dos atos processuais. As partes, na execução, podem recorrer dos pronunciamentos judiciais. Em eventual questão a ser enfrentada pelo juiz, devem as partes ser intimadas para manifestar-se, contribuindo com o convencimento do magistrado, em atividade tipicamente cooperativa.

O contraditório no procedimento executivo, no aspecto do direito de defesa assegurado à parte demandada, é *eventual*, porquanto depende da provocação do executado, que não é chamado a juízo para defender-se, mas sim para cumprir a obrigação. O procedimento executivo adota a técnica monitória, que consiste, basicamente, na inversão do ônus de provocar o contraditório: o réu, em vez de citado para manifestar-se sobre a pretensão do autor, é convocado para cumprir uma de-

terminada obrigação. Não é correto dizer, então, que não há contraditório no procedimento executivo: ele é previsto, até mesmo como consequência da garantia constitucional, mas é *eventual* na parte concernente à defesa do executado. É inegável a existência de contraditório na execução.

O contraditório há de ser prévio. Antes de proferir qualquer decisão, deve o julgador consultar previamente as partes, permitindo que estas contribuam com a formação de seu convencimento.

Ocorre, não raras vezes, que o caso submetido ao exame do juiz põe a descoberto uma situação de extrema gravidade e urgência, não havendo tempo para se instaurar o prévio contraditório, sob pena de suprimir do provimento jurisdicional a efetividade que dele possa resultar. Nesse caso, e para garantir a efetividade do comando judicial postulado, poderá o juiz, imediatamente, deferir o pedido formulado pela parte, dispensando o prévio contraditório, desde que se verifique a relevância do fundamento e a urgência da medida pretendida.

Em hipóteses como essa, estará havendo uma ponderação de princípios. De um lado, há o princípio do contraditório e, de outro lado, o da efetividade dos provimentos judiciais. Tal ponderação há de ser feita mediante a aplicação do postulado da proporcionalidade.

Ora, se, de um lado, há um dispositivo constitucional exigindo a obediência ao princípio do contraditório (CF/88, art. 5º, LV), exsurge, por sua vez, outro dispositivo constitucional que garante a *efetividade* da tutela jurisdicional, ao assegurar o livre acesso para evitar qualquer lesão ou *ameaça* a direito (CF/88, art. 5º, XXXV).

Avulta, como se observa, um *conflito* entre a exigência constitucional do *contraditório* e o princípio da *efetividade* da tutela jurisdicional. Com efeito, tomando-se na devida conta o princípio do contraditório, deve-se conferir às partes a oportunidade de tentar contribuir com o convencimento do magistra-



do, trazendo argumentos e elementos que demonstrem a correção de sua tese e a necessidade de se rejeitar a pretensão da parte contrária. Por outro lado, a obediência ao contraditório não poderia chegar ao ponto de subtrair da prestação jurisdicional a efetividade garantida pelo mesmo texto constitucional, fazendo com que pereça o direito da parte, que precisa de um provimento de urgência destinado a conferir penhor e efetividade à sua postulação.

Segundo anota Daniel Sarmiento, não há, no sistema brasileiro, hierarquia de normas constitucionais, não sendo legítimo entender que uma norma constitucional seja inconstitucional<sup>51</sup>. Logo, não se poderia entender que a exigência do contraditório teria mais validade do que a garantia de efetividade dos provimentos judiciais, nem que um seria inconstitucional frente ao outro. Enfim, esse não poderia ser o critério para solucionar o conflito ora denunciado.

A solução, ao que parece, resulta da aplicação do postulado da *proporcionalidade*, cabendo ponderar os princípios em conflito para, *no caso concreto*, verificar o que recebe maiores influxos do direito material ou o que sofrerá maior dano, caso venha a ter sua aplicação afastada.

Para que se aplique o postulado da proporcionalidade, é preciso que haja (a) adequação; (b) necessidade; e (c) proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a apreciação de qualquer pedido depende, via de regra, do prévio contraditório. O afastamento da exigência do contraditório, com a apreciação imediata do pedido formulado pela parte, deve ocorrer em hipóteses de urgência na concessão da medida. Nesses casos em que se dispensa o prévio contraditório, a parte não fica impossibilitada de se manifestar. Na verdade, o contraditório fica diferido para o momento posterior à apreciação do pedido formulado.

O princípio do contraditório decorre, enfim, do devido

---

<sup>51</sup> A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 37-38.

processo legal, dele se extraindo (a) a necessidade de se dar ciência às partes dos atos a serem realizados no processo e das decisões ali proferidas e (b) a necessidade de conferir oportunidade à parte de contribuir com o convencimento do juiz ou tribunal.

Além da bilateralidade de audiência e de igualdade de oportunidades, o contraditório deve instaurar um *diálogo* no processo entre o juiz e as partes, garantindo uma atividade verdadeiramente dialética, com que se assegura a prolação de uma decisão justa e, de resto, de um procedimento justo.

## 5. O PROJETO DO NOVO CPC E OS DEVERES DA COOPERAÇÃO

O projeto do novo CPC contém dispositivos que consolidam os deveres de cooperação intersubjetiva no processo. As partes e o juiz devem colaborar entre si, sendo certo que o futuro CPC traz, desde sua gênese, a solidariedade, valor constitucional do Estado democrático, como um dos pilares da nova ordem processual.

A colaboração e a participação das partes não se configuram apenas como direitos ou faculdades, mas também como ônus<sup>52</sup> e deveres. Em outras palavras, às partes confere-se oportunidade de participar da formação da decisão do juiz, suportando as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente. O juiz não pode ser obrigado a inserir na fundamentação de sua decisão considerações, informações ou detalhes que não foram apresentados pelas partes.

Em razão do princípio da cooperação, o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões. A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta.

---

<sup>52</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 667.

A aplicação do princípio da cooperação acarreta um re-dimensionamento da máxima *iura novit curia*, porquanto ao juiz cabe pronunciar-se sobre a norma jurídica a ser aplicada ao caso depois de realizar o necessário diálogo com as partes<sup>53</sup>. Ao juiz cabe – não restam dúvidas – aplicar o direito ao caso concreto, mas se lhe impõe, antes de promover tal aplicação, *consultar* previamente as partes, colhendo suas manifestações a respeito do assunto.

Na verdade, o princípio da cooperação restringe a *passividade* do juiz, afastando-se da ideia liberal do processo como uma “luta” ou “guerra” entre as partes, meramente arbitrada pelo juiz<sup>54</sup>.

O princípio da cooperação tem base constitucional, sendo extraído da cláusula geral do devido processo legal, bem como do princípio do contraditório. A cooperação resulta, em última análise, da própria ideia de Estado democrático. Se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação.

A cooperação impõe deveres para todos os intervenientes processuais, a fim de que se produza, no âmbito do processo civil, uma “eticização” semelhante à que já se obteve no direito material, com a consagração de cláusulas gerais como as da boa fé e do abuso de direito<sup>55</sup>.

O princípio da cooperação destina-se, enfim, a transformar o processo civil numa “comunidade de trabalho”<sup>56</sup>, potencializando o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais, a fim de se alcançar a solução mais adequada e justa ao caso

---

<sup>53</sup> TROCKER, Nicolò. Ob. cit., p. 683-684.

<sup>54</sup> REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, v. 1, p. 266.

<sup>55</sup> REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. Ob. cit., p. 265.

<sup>56</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62.

concreto<sup>57</sup>. O processo, diante disso, deve ser entendido como uma “comunidade de comunicação”, desenvolvendo-se por um diálogo pelo qual se permite uma discussão a respeito de todos os aspectos de fato e de direito considerados relevantes para a decisão da causa<sup>58</sup>.

Ao longo de todo o procedimento, deve haver um debate, voltando-se também para o juiz e para todos os agentes estatais no processo.

Da cooperação, cujo fundamento é, em última análise, o princípio do contraditório, extraem-se deveres a serem cumpridos pelo juiz e pelas partes, sendo certo que os deveres processuais subtraem do direito de ação qualquer natureza absoluta, constituindo uma limitação ao seu exercício<sup>59</sup>.

Há, na verdade, a cooperação das partes com o tribunal, bem como a cooperação do tribunal com as partes<sup>60</sup>.

A cooperação das partes com o tribunal envolve:

- a) a ampliação do dever de litigância de boa fé<sup>61</sup>;
- b) o reforço do dever de comparecimento e prestação de quaisquer esclarecimentos que o juiz considere pertinentes e necessários para a perfeita inteligibilidade do conteúdo de quaisquer peças processuais apresenta-

---

<sup>57</sup> GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, v. 1, p. 88.

<sup>58</sup> SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 578-579.

<sup>59</sup> SILVA, Paula Costa e. O processo e as situações jurídicas processuais. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr.; Eduardo Ferreira Jordão (coords.). Salvador: JusPodivm, 2008, p. 790-791.

<sup>60</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 55, julho 1995, p. 361; GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jun. 2009, v. 172, p. 33.

<sup>61</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Ob. cit., p. 62-63. REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. Ob. cit., p. 266.

das;

- c) o reforço do dever de comparecimento pessoal em audiência<sup>62</sup>, com a colaboração para a descoberta da verdade<sup>63</sup>; e,
- d) o reforço do dever de colaboração com o tribunal, mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade<sup>64</sup>.

Por sua vez, a cooperação do tribunal com as partes comporta<sup>65</sup>:

- a) a consagração de um poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes;
- b) a consagração de um poder-dever de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito;
- c) a consagração do poder-dever de auxiliar qualquer das partes na remoção de obstáculos que as impeçam de atuar com eficácia no processo;
- d) a consagração de um dever de fundamentar adequadamente as decisões, viabilizando às partes, no exercício de eventual interposição de recurso, pleno conhecimento daquilo que motivou o convencimento do julgador<sup>66</sup>; e,

---

<sup>62</sup> REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. Ob. cit., p. 267.

<sup>63</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Ob. cit., p. 64.

<sup>64</sup> REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. Ob. cit., p. 266-267.

<sup>65</sup> REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. Ob. cit., p. 267-269.

<sup>66</sup> Segundo Daniel Mitidiero, “Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais. A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa. (...) A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas.” (*Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009, p. 139).

- e) a consagração, em combinação com o princípio do contraditório, da obrigatória discussão prévia com as partes da solução do pleito, evitando a prolação de “decisões-surpresa”, sem que as partes tenham oportunidade de influenciar as decisões judiciais.

O tribunal tem, enfim, o *dever de esclarecimento*, o *dever de prevenção*, o *dever de consulta* e o *dever de auxílio*. Realmente, o tribunal tem o dever de se esclarecer junto das partes e estas têm o dever de o esclarecer<sup>67</sup>. Significa que o *dever de esclarecimento* é recíproco. Já o *dever de prevenção* não é recíproco, consistindo no convite, feito pelo tribunal, ao aperfeiçoamento pelas partes de suas petições ou alegações. Segundo leciona Miguel Teixeira de Sousa, o *dever de prevenção* tem um âmbito mais amplo:

“... ele vale genericamente para todas as situações em que o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas fundamentais em que a chamada de atenção decorrente do dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos pouco claros, o carácter lacunar da exposição dos factos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação. Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a

---

<sup>67</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Ob. cit., p. 65.

intervenção de um terceiro”<sup>68</sup>.

O *dever de consulta*, por sua vez, impõe ao tribunal dar às partes a oportunidade de manifestação sobre qualquer questão de fato ou de direito. O juiz, antes de se pronunciar sobre qualquer questão, ainda que seja de conhecimento oficioso, deve dar oportunidade à prévia discussão pelas partes, evitando, desse modo, as chamadas “decisões surpresa”<sup>69</sup>.

Finalmente, o tribunal tem o *dever de auxiliar* as partes na eliminação ou superação de obstáculos ou dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou, ainda, o cumprimento de ônus ou deveres processuais. Deve, por exemplo, o juiz providenciar a remoção de obstáculo à obtenção de um documento ou informação que seja indispensável para a prática de um ato processual<sup>70</sup>.

Há, na verdade, um *dever* de cooperação. O *dever de cooperação*, nas lições de José Lebre de Freitas, tem duplo sentido: um material e um formal. Em seu sentido *material*, o dever de cooperação recai sobre as partes, incumbindo-lhes a prestação de sua colaboração para a descoberta da verdade; ao juiz cumpre requisitar das partes esclarecimentos sobre a matéria de fato ou sobre a matéria de direito da causa. Em seu sentido *formal*, o dever de cooperação impõe ao juiz providenciar o *suprimento de obstáculos* na obtenção de informação ou documento necessário ao exercício de uma faculdade, à observância de um ônus ou ao cumprimento de um dever processual<sup>71</sup>.

## 6. CONCLUSÕES

O novo Código de Processo Civil, a ser aprovado sob a

---

<sup>68</sup> Ob. cit., p. 66.

<sup>69</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Ob. cit., p. 66-67.

<sup>70</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. Ob. cit., p. 67.

<sup>71</sup> *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Cit., n. 8.2-8.3, p. 164-167.

égide da atual Constituição Federal, estará inserido no contexto do Estado Constitucional, incorporando os fundamentos do Estado de direito e do Estado democrático, impondo obediência aos princípios da legalidade, da isonomia, da segurança jurídica, da confiança legítima, além de assegurar liberdade e participação.

Nesse sentido, destacam-se dispositivos que preveem a uniformização e a estabilização da jurisprudência, com exigência de respeito aos precedentes jurisprudenciais.

Também se destacam os dispositivos que reclamam respeito ao contraditório como influência, a exigem a oportunidade de prévia manifestação das partes em qualquer manifestação do juiz, ainda que se trate de questão de direito ou de matéria que deva ser conhecida de ofício; evita-se a prolação de *decisão surpresa*.

Os dispositivos que asseguram a cooperação intersubjetiva merecem igualmente destaque, com realce dos deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta e de auxílio.



## BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 1979.
- ALONSO, Pedro Aragonese. *Proceso y derecho procesal (introducción)*. 2ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.



- BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi (considerazioni attuali). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1990, v. 45.
- \_\_\_\_\_. La ratio decidendi (profilo storico e comparativo). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1989, v. 44.
- DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.
- DOTTI, Federica. *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e statale*. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2005.
- FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, giugno 1986, n. 2.
- FREITAS, José Lebre de; REDINHA, João; PINTO, Rui. *Código de Processo Civil anotado*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 1.
- GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, v. 1.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, jun. 2009, v. 172.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal: los fundamentos constitucionales del derecho procesal*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
- MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- MENDES, Armindo Ribeiro. *Constituição e Processo Civil. Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, abr. 2011, v. 194.
- \_\_\_\_\_. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.
- MONTESANO, Luigi. *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, CEDAM, 2000, n. 4.
- NICOLETTI, Carlo Alberto. *Profili istituzionali del processo civile*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1998.
- REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, v. 1.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Trad. Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SANTOS, Igor Raatz dos. *Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de resolução das desigualdades no processo civil*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, fev. 2011, v. 192.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Bosch, 1950.
- SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito*

- contemporâneas*. A. Kaufmann e W. Hassemer (org.). Trad. Marcos Keel. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid: DYKINSON, 1992.
- SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SILVA, Paula Costa e. O processo e as situações jurídicas processuais. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Fredie Didier Jr.; Eduardo Ferreira Jordão (coords.). Salvador: JusPodivm, 2008.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil – projecto”. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa, ano 55, julho 1995.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2ª ed. Lisboa: Lex, 1997.
- TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Editoriale Scientifica, 2007.
- TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*. 6ª ed. Napoli: Jovene, 2002, v. 1.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.