

O CONTRADITÓRIO PARTICIPATIVO E UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO PARA O ARTIGO 10 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A feliz iniciativa do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro em conclamar à produção de uma coletânea de artigos em homenagem a Procuradora Lúcia Léa Guimarães Tavares reflete o merecido reconhecimento por toda uma carreira de relevantes serviços à advocacia pública e forte compromisso com a construção de uma mentalidade institucional direcionada ao interesse público, com íntegra resistência a pressões puramente corporativistas.

Mas apresentar um texto jurídico para compor uma homenagem impõe ao menos uma dificuldade: dificilmente trabalhos técnicos ou com pretensões acadêmicas conseguem expressar as virtudes do homenageado.

Para Lucia Léa, um belo poema expressaria com maior propriedade a dimensão de sua humanidade, de sua integridade e de sua doce assertividade.

Assim, sem a pretensão de alcançar as virtudes da homenageada, o ensaio a seguir apresentado consubstancia um pequeno tributo ao seu exemplo e um insuficiente agradecimento por suas corajosas realizações à frente da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Alde Costa Santos Jr*

Ao vedar, em todos os graus de jurisdição, sejam proferidas decisões com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de manifestação, ainda que se trate de matéria conhecida de ofício, o novo CPC imprimiu substancial modificação na compreensão da garantia constitucional do contraditório (CF, art. 5º, LV).

Abandonando a tradicional concepção do contraditório como direito à bilateralidade de audiência, faculdade de apresentar e contrapor argumentos, o novo Código quer assegurar às partes o direito de coparticipar na produção da decisão judicial, influenciando-a previamente e de modo efetivo.

Almeja-se com essa nova compreensão da garantia constitucional, de um lado, oferecer ao juiz maiores subsídios para a melhor decisão e, de outro lado, evitar decisões-surpresa para as partes.

* Advogado e Procurador do Estado em Brasília.

Em livro substantivo e de indispensável leitura, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE BAHIA e FLÁVIO PEDRON sintetizam os deveres que informam a nova idealização do princípio do contraditório:

“Nessa renovada análise do sistema processual o princípio constitucional do contraditório ganha nítido destaque ao garantir uma busca de simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercer um conjunto de controles, de reações e de escolhas dentro dessa estrutura.

Ele se desenvolve nos deveres de informação do juiz e nos direitos de manifestação e consideração para as partes:

O dever de informação (*Informationspflicht*) ou de orientação (*Rechts auf Orientierung*) de todas as movimentações processuais, induz o juiz à necessidade de advertir as partes acerca de pontos de fato, de direito, processuais ou materiais relevantes para a sua causa (*terza via*), buscando a efetiva participação ativa das partes. Não se trata de uma tarefa assistencialista do magistrado. Busca-se a prática responsável e técnica pelos sujeitos contrapostos de seus papéis.

O direito de manifestação, que induz às partes a assunção de seu efetivo papel ativo durante o processo, se liga à garantia de fundamentação, ao exigir do juiz a análise de fatos e fundamentos discutidos previamente no processo. A manifestação deve se dar, em regra, antes da decisão (princípio da anterioridade – *Vorherigkeitsgrundsatz*), mas se admite, em hipóteses de urgência, por exemplo, sua efetivação diferida. O recurso viabiliza essa oportunidade diferida de contraditório.

E o dever do juiz de levar em consideração os argumentos das partes (*Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*), que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwägungspflicht*), está posto no § 1.º do art. 489 do NCPC.” (Novo CPC Fundamentos e Sistematização Lei 13.105, de 16.03.2015, 2ª ed., pg. 101 e 102).

A nova formulação parece ter alterado, inclusive, a conformação da ampla defesa no âmbito do direito processual civil. Afinal, não se deve ter como legítima a decisão que não oportunizar às partes o direito de prévia manifestação sobre as questões relevantes para a solução da lide, pois agora é meio inerente ao exercício da ampla defesa a prévia manifestação sobre essas questões.

Conquanto não se colham grandes dissonâncias quanto ao enquadramento do artigo 10 como uma das normas a emoldurar o necessário diálogo entre as partes e o órgão jurisdicional, diálogo cuja observância o novo CPC pretende ocorra previamente ao provimento judicial, existem claras divergências quanto ao âmbito de aplicação da norma, mais especificamente sobre o que se deve entender com a

expressão “fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de manifestação”.

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA afirma ser inadmissível sejam as partes surpreendidas por decisão que se apoie, em ponto decisivo, em uma visão jurídica desaperecebida ou por elas consideradas sem maior significado. O festejado professor enfatiza a posição, explicando que o “Tribunal deve dar conhecimento de qual direção o direito subjetivo corre perigo”. Semelhante orientação é apresentada pelo professor CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, que destaca a importância de “compreender ‘fundamento’ de forma ampla, a título de ‘argumento’ ou de ‘razões aptas para justificar a decisão a ser tomada pelo magistrado”.

Nessa linha de pensamento parecem caminhar os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, como se vê do Enunciado n. 282: “Para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, ao juiz cabe observar o dever de consulta previsto no art. 10.”

Com uma interpretação mais restritiva do dispositivo, os enunciados da Escola Nacional de Formação de Magistrados –ENFAM por sua vez estabelecem:

1. Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC 2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.
2. Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.
3. É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.
4. Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no artigo 10, parte final, do CPC/2015.
5. Não violam art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.
6. Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.

Percebe-se, assim, uma diferença de posições; a primeira, direciona-se no sentido de uma ampla aplicação do dispositivo e do princípio da não-surpresa, de modo a se ter como vedada a invocação pelo juiz de quaisquer normas sobre as quais não se tenha oportunizado às partes o direito de manifestação, enquanto a segunda procura mitigar a aplicação do dispositivo a partir de uma tradicional interpretação do princípio “*iura novit curia*”, mantendo a função de dizer o direito precipuamente reservada ao juiz e às partes o monopólio das questões de fato.

Conquanto se mostre inaceitável uma leitura do princípio do contraditório sob ótica conservadora e apartada da substancial alteração introduzida pelo novo diploma legal, não são menos visíveis os problemas que decorreriam de uma compreensão que imponha aos órgãos jurisdicionais um absoluto dever de consulta, inclusive para a mera capitulação de normas legais não declinadas pelas partes.

É preciso consagrar uma interpretação que congregue o dever de coparticipação e de influência das partes na decisão judicial, de modo a evitar as abusivas decisões-surpresa, mas em uma leitura conforme ao mandamento constitucional da duração razoável do processo e que leve em consideração a imposição legal de defesa técnica para as partes.

Nessa orientação, parece demasiada a exigência de intimação das partes para se pronunciarem sobre dispositivo de lei não declinado em manifestações anteriores, sempre que o juiz pretenda invocá-lo em uma decisão.

Com efeito, há clara diferença entre a indicação de fundamento jurídico e de fundamento legal, representando esse a invocação do artigo de lei relacionado com a questão controvertida, enquanto aquele consiste na questão jurídica propriamente dita, ou seja, a aplicação das consequências das normas legais aos fatos e às pretensões deduzidas por autor e réu.

Nesse sentido, convém mencionar a lição de VICENTE GRECO FILHO:

“Antes de mais nada é preciso observar que o fundamento jurídico é diferente do fundamento legal; este é a indicação (facultativa porque o juiz conhece o direito) dos dispositivos legais a serem aplicados para que seja decretada a procedência da ação; aquele (que é de descrição essencial) refere-se à relação jurídica e fato contrário do réu que vai justificar o pedido de tutela jurisdicional.” (Direito Processual Civil Brasileiro, 2º Volume, 11ª ed., pg.108).

O que o artigo 10 do novo Código de Processo Civil parece preconizar, pelo menos em uma interpretação consentânea com a eficiência e a celeridade indispensáveis ao processo, é que para a solução da lide não sejam invocadas questões a respeito das quais não tenham as partes se manifestado anteriormente, em prestígio ao denominado contraditório participativo.

Entretanto, exposta em juízo a pretensão sobre determinada questão, seja essa preliminar, prejudicial, de mérito ou simplesmente de fato, pode e deve o juiz proceder ao enquadramento legal que lhe parecer mais adequado, invocando os dispositivos de lei que entender pertinentes, independente de coincidirem ou não com os artigos invocados pelas partes e independente das consequências jurídicas por elas almejadas.

Essa proposta de interpretação aproxima-se da literalidade do CPC português, que no seu art. 3.º, n. 3, estabelece o dever de o juiz “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 oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

Embora posições inspiradas na experiência estrangeira pretendam vedar ao juiz a invocação de qualquer enquadramento legal diverso do proposto pelas partes sem sua específica e prévia intimação, percebe-se com facilidade os absurdos que decorreriam de uma aplicação mais irrestrita do art. 10 do novo CPC.

Basta considerar a possibilidade de uma parte simplesmente arguir ou negar a existência de prescrição sem indicar qualquer dispositivo de lei, ou com a indicação de parte de uma norma que se subdivide em parágrafos e incisos; ou ainda a

necessidade de, perante colegiados, suspender-se o julgamento para a intimação das partes a cada voto vogal que invoque outro artigo, parágrafo ou alínea relacionada com a questão jurídica controvertida.

Uma interpretação que a tanto impusesse dificilmente contribuiria para a razoável duração do processo, já que não se mostra realista o argumento de que a prévia intimação das partes produziria uma diminuição do número de recursos.

Como se sabe, o ímpeto na interposição de recursos tem origem em variadas circunstâncias, que vão desde as vantagens no prolongamento do final da demanda por força do efeito inflacionário, até questões estruturais, como a inaptidão dos Tribunais Superiores para a produção de precedentes que sejam fruto de uma acurada reflexão de juízes, eles próprios, especialistas nos temas submetidos a sua competência.

A leitura do artigo 10 do CPC como a impossibilidade de as decisões judiciais invocarem, como fundamento de decidir, questões a respeito das quais não tenham as partes se manifestado anteriormente, ainda que versem elas matéria conhecível de ofício, tem o condão de assegurar influência no resultado do processo, sem permitir a interrupção da marcha processual a cada momento em que o juiz ou tribunal cogite de um novo enquadramento jurídico para a solução de questões sobre as quais as partes já apresentaram seus fundamentos.

Convém conferir destaque também à necessidade de o almejado contraditório participativo dar-se com responsabilidades de todos os atores do processo e não exclusivamente do juiz.

A exigência de que as partes se apresentem em juízo através de um profissional legalmente habilitado (art. 103), resultando na produção de uma defesa técnica e, portanto, teoricamente mais adequada à produção de uma decisão correta, também traz consigo responsabilidades para as partes e seus patronos.

Ademais, se não se mostra lícito o indeferimento da petição inicial em virtude da ausência de indicação do dispositivo legal na enunciação do fundamento jurídico do pedido, não é razoável que o juiz tenha de consultar as partes e seus patronos sobre a aplicação do dispositivo que elas, por estratégia ou falha, deixaram de declinar.

A conjugação de todas essas circunstâncias parece favorecer uma interpretação que assegure às partes, não o direito de se manifestar sobre o enquadramento normativo, mas o direito de se manifestar, previamente à decisão, sobre qualquer nova questão que não tenha consistido em fundamento jurídico do pedido ou da defesa, ainda que essa questão verse matéria conhecível de ofício pelo juiz.

Outro ponto a ensejar debates diz respeito à possibilidade de as partes, já no curso do processo, convencionarem no sentido de autorizar ao juiz o exame de questão nova, não compreendida nas causas de pedir inicialmente contrapostas.

CASSIO SCARPINELA BUENO afirma que o artigo 10 “não está a autorizar que a causa de pedir seja alterada pelo magistrado desde que as partes sejam previamente ouvidas”, prevalecendo, no entendimento do brilhante professor, o princípio da vinculação do juiz ao pedido, mantido no artigo 141 do novo CPC.

Realmente parece certo que o juiz não tem o poder de impor uma modificação objetiva da demanda a partir da simples oportunidade concedida às partes para se manifestarem sobre questão alheia às causas de pedir apresentadas e que não verse matéria conhecível de ofício.

Entretanto, acordada entre as partes essa mudança objetiva da demanda, parece não haver óbice ao enquadramento da hipótese como legítimo negócio processual atípico, sempre tutelável pelo juiz.

Aliás, ocorrendo tal estipulação durante o processo, com inegável repercussão sobre a atividade jurisdicional, obviamente será ela sempre dependente de validação pelo magistrado, de quem o Código não retirou o poder de direção da atividade processual.

Eventual objeção de que semelhante estipulação desbordaria dos limites autorizados pela literalidade do artigo 190 do CPC mostra-se em desvantagem quando contrastada com uma interpretação informada pelo estímulo ao autorregramento das partes, perseguido pelo novo CPC em diversos institutos e normas.

Após asseverar que o artigo 190 do novo CPC consagra verdadeira cláusula geral de atipicidade dos negócios processuais e de que não há específica identificação do objeto das convenções das partes em matéria processual, o professor BRUNO GARCIA REDONDO destaca:

“...é evidente que as partes também podem dispor sobre o plano processual (seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais), mesmo quando a convenção vier a, em tese, favorecer uma parte em detrimento da outra. Inexistindo defeitos relativos aos planos da existência ou da validade do negócio processual, não há como negar a possibilidade de celebração de convenções processuais sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes. São possíveis não apenas negócios bilaterais, como também unilaterais (consistentes, v.g., em renúncias, individuais ou recíprocas).

...Como a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos veio consagrada mediante o estabelecimento de uma cláusula geral, não há limites previamente estabelecidos pelo legislador de modo claro, pormenorizado e específico. O art. 190, ao empregar o pronome possessivo seus, indica apenas que o objeto dos negócios processuais deve ser ônus, poderes, faculdades e deveres das partes. Não há identificação, porém, sobre quem é o titular de cada situação ou ato processual lato sensu, se não exclusivamente as partes, ou se o seriam terceiros (jugador, órgão jurisdicional, terceiros interessados, etc.).” (Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015.)

Assim, apesar de ser improvável, ante a natural dialética do litígio, que autor e réu acordem o exame de uma questão dependente sua iniciativa, mas alheia às causas de pedir apresentadas, mostra-se razoável permitir-se ao juiz decidi-la quando ocorrer expressa estipulação nesse sentido.

Os temas abordados neste ensaio certamente serão objeto de discussões nas decisões judiciais que estão por vir. Almeja-se que em razoável espaço de tempo, não muito longo, mas suficiente para a maturação de posições consistentes, possam o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sobre o eles se debruçarem, de modo a propiciar a juízes e a advogados diretrizes seguras para a construção de um processo justo e com razoável duração.

Referências Bibliográficas:

BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado, São Paulo: Saraiva, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro, Dala, Humberto, Novo Código de Processo Civil anotado e comparado. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIEDIR Jr, Fredie, Principio do respeito ao autoregramento da vontade. Negócios processuais / coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. V.1. :il. – (Grandes temas do novo DPC; coord. Geral Fredie Didier Jr.

THEODORO JUNIOR, Humberto, Nunes, Dierle, Bahia, Alexandre Melo Franco, Pedron, Flávio Quinaud - Novo CPC – Fundamentos e Sistematização / Humberto Theodoro Júnior. – Rio de Janeiro - Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, Arenharte, Sérgio Cruz e Mitidireo, Daniel, Novo Curso Processo Civil - Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo - Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia - Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo - Revista dos Tribunais, 2016.

REDONDO, Bruno Garcia, Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. Negócios processuais / coordenadores: Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. V.1. :il. – (Grandes temas do novo DPC; coord. Geral Fredie Didier Jr.).