

CPC/2015

Franklyn Roger Alves Silva
Organizador

PERSPECTIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA

2ª edição
Revista, ampliada
e atualizada

2018

 **EDITORIA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

AS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

OS NOVOS PARADIGMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Franklyn Roger Alves Silva

Sumário: 1. Introdução; 2. Boa-fé processual; 3. A cooperação das partes; 4. Interpretação das normas; 5. Contraditório; 6. Vedação à decisão surpresa; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as críticas e elogios dirigidos ao NCPC, não podemos deixar de reconhecer a vanguarda do legislador ao destinar capítulo próprio para a definição de normas fundamentais do processo civil.

As sucessivas reformas realizadas à época da vigência do CPC/73 não eram capazes de permitir a adequada sistematização do diploma processual e, especialmente, definir uma axiologia adequada à sua interpretação.

Problema semelhante é encontrado no processo penal. A última grande reforma procedimental ocorreu em 2008 com a modificação dos procedimentos e da disciplina probatória, através da edição das Leis ns. 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008.

De lá para cá pouco se avançou legislativamente. Ainda resiste a doutrina preocupada em apenas deduzir críticas ao modelo processual penal fascista instaurado em nosso país na década de 40 e que inobserva a verdadeira dismorfia já existente, especialmente pela aceitação da leitura do texto do CPP à luz da Constituição da República.

É fato notório na doutrina e na jurisprudência que o Direito Processual Civil é o mais avançado dos ramos da disciplina adjetiva, servindo de suporte ao Direito Processual do Trabalho, Eleitoral e Administrativo, ao que se depreende do art. 15 do CPC/2015 e ao Processo Penal.

O grande mérito do NCPC é trazer uma disciplina introdutória a respeito das normas fundamentais do processo, orientadoras da interpretação do conteúdo e aplicação do novo Código de Processo Civil. Sobre essas normas é que o presente estudo se debruçará, compreendendo a sua extensão e qual a utilidade no cotidiano forense.

2. BOA-FÉ PROCESSUAL

Dentro da proposta de análise do corpo do novo Código de Processo Civil, somos da opinião que o primeiro aspecto de reflexão diga respeito ao princípio da boa-fé processual expressamente reconhecido pelo art. 5º e também extraído do objetivo de nossa República, quando determina nossa Carta, no art. 3º, I a construção de uma sociedade livre, justa e solidária¹.

O comportamento leal, pautado na boa-fé processual, é um dever aplicado a qualquer pessoa que participa do processo. A extensão é tamanha que alcança não só as partes, mas todos os sujeitos do processo.

Exigir a presença da boa-fé na relação processual também nos obriga a aceitar que os seus efeitos (desdobramentos) tenham incidência no processo, a exemplo do *venire contra factum proprium*, *supressio*, *surrectio*, *duty to mitigate loss* e *tu quoque*.

Já não há mais espaço para o processo como “*jogo de espertezas*”², considerando que a pacificação social exige dos indivíduos posturas adequadas. O regramento da boa-fé no CPC não se restringe à orientação do art. 5º. Diversas outras passagens do código explicitam esse dever, a exemplo das sanções aplicáveis aos casos de litigância de má-fé (arts. 79 a 81), o abuso do direito no caso da tutela de evidência (art. 311).

3. A COOPERAÇÃO DAS PARTES

Paralelamente à boa-fé processual, outro princípio que merece reflexão é o da cooperação das partes previsto no seu art. 6º. Sempre tivemos a concepção de que as partes na relação processual não deveriam manter obrigações recíprocas, já que a relação processual deveria servir para assegurar posições de vantagem de uma parte em detrimento da outra e que levassem ao êxito do julgamento da causa.

Com o passar dos anos e maiores reflexões, compreendemos que o processo não poderia servir como um instrumento dedicado ao embate de gladiadores, onde somente um sairia vivo. Se o objetivo da jurisdição é o de pacificação do litígio (escopo social), através da aplicação adequada do Direito (escopo jurídico), nada mais natural que a rusga estabelecida pela relação entre as partes fosse apaziguada pela atuação jurisdicional³.

1. “É objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com *deslealdade*.” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 107. Vol. I.).
2. “*Mais tarde, já no Rio de Janeiro, como promotor de justiça e como advogado, adquiri minha própria experiência, algumas vezes com sincera frustração, de como as regras legais do direito probatório dificultam a busca da verdade e são manuseadas com frieza na cotidiana administração da justiça, transformando o processo num jogo de espertezas, retrato desfigurado do processo racionalizado e tecnicamente perfeito dos livros de doutrina.*” (GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. In *Revista de Processo*. Vol. 240. 2015. P. 61 – 136).
3. “*Esse dever de cooperação é imposto a cada uma das partes em relação às outras, em relação ao juiz como sujeito do processo, em relação aos demais sujeitos do processo em relação ao próprio Estado*

Estamos cientes, no entanto, que a cooperação e o espírito de coesão entre as partes jamais derivarão do texto frio da lei, sendo necessário uma série de medidas e adaptações metajurídicas para que o ambiente proposto pelo novo CPC seja implementado na prática.

É certo que a própria cooperação entre as partes no Código de Processo Civil é alvo de incômodos doutrinários⁴, especialmente para os autores ainda arraigados no espírito belicista do processo, que não aceitam uma evolução nas relações jurídico-processuais e tendem a reverenciar as famosas “*Rambo Tactics*”⁵, que apenas contribuem para a animosidade entre as partes.

No entanto, o processo civil não deveria ser enxergado como um ambiente de enfrentamento⁶, mas sim como um espaço democrático de ideias, onde cada uma das partes expusesse seu ponto de vista, até que o amadurecimento decorrente do percurso do procedimento permitisse o alcance da decisão final.

Sendo a cooperação um corolário da boa-fé e da lealdade processual, caberia ao juiz exigir que as partes da relação processual penal assim agissem no

que institui o serviço judiciário como um dos seus instrumentos de realização dos seus objetivos.
(...)

Na abertura do seu livro sobre a lealdade processual, Marie-Emma Boursier proclama que a lealdade implica retidão, honestidade e probidade. E mais adiante enfatiza que a lealdade é uma atitude ética que se desdobra em um conjunto de regras universais que devem ser seguidas por todos os sujeitos do processo para assegurar o respeito aos direitos dos demais sujeitos processuais e à dignidade da própria justiça.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vol. I. P. 246).

4. *“Superada a incongruência do texto legal em excluir – ou apenas tentar – a execução do alcance do princípio da cooperação, o seu conteúdo não merece elogios. Sempre entendi que o princípio da cooperação seja voltado muito mais ao juiz do que às partes, criando aquele que conduz o processo os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, já que as partes estarão no processo naturalmente em posições antagônicas, sendo difícil crer que uma colabore com a outra tendo como resultado a contrariedade de seus interesses.*
Nesse sentido crítico, Lênio Luiz Streck, Lúcio Delfino, Rafael Giorgio Dalla Berba e Ziel Ferreira Lopes: Então agora as partes deverão cooperar entre si? Parte e contraparte de mãos dadas a fim de alcançarem a pacificação social... Sem ironias, mas parece que Hobbes foi expungido da natureza humana. Freud também.” (NEVES, Daniel A. Assumpção. *Novo CPC: inovações, alterações e supressões comentadas*. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 16).
5. A doutrina norte-americana tem dedicado rios de tinta para rever e limitar as chamadas “*Rambo Tactics*”, onde o profissional responsável pela representação jurídica age de forma dissociada do ordenamento jurídico, criando uma expectativa de êxito, alimentada pela própria ilusão do cliente e exercendo pretensões infundadas apenas para a satisfação de convicções pessoais do seu constituinte. (HICKS JR., Ronald L. *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel*. Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKFwihkr-9vqXMAhVLDJAKHWd7CfYQFggzMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.dri.org%2FDRI%2Fcourse-materials%2F2013-Employment%2Fpdfs%2F08_Hicks.pdf&usq=AFQjCNENYZ1iKRu2As5-wU-OSTIJ0ZNDEQ&sig2=sHc_4_owVwe3Ftm1uOqV0Q. Acesso em 23 abr. 2016.).
6. “O processo não pode ser a sede da anomia moral, um lugar para a guerra, a disputa desleal e desregrada, a inimizade, todas próprias do formato bilateral e egoísta do ‘processo como jogo’. Preza-se, ao contrário, a solidariedade, sem que a vitória tenha que prevalecer a qualquer preço.” (CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 219.).

curso do procedimento? Cremos que o tema é deverás complexo e neste ponto enxergamos a existência de um dever do juiz e do órgão acusador em agir de forma cooperativa e uma faculdade do acusado e de sua defesa técnica de assim se portar na relação jurídico-processual.

O Estado é o primeiro que não pode fugir as amarras das normas constitucionais e processuais, daí o porquê de se reforçar a invalidade das provas produzidas por meios ilícitos e os comportamentos desleais ou contraditórios. As diversas funções desempenhadas pelo Estado (Fazenda Pública, Ministério Público, Defensoria Pública e Juiz) exigem a atuação cooperativa.

O próprio juiz também deve agir de modo cooperativo com as partes, contribuindo com esclarecimentos sobre as suas posturas dentro e fora do processo (imposição de medidas cautelares) em autêntico dever de prevenção⁷, conferindo auxílios aptos a reequilibrar a relação processual (deferimento de provas e diligências destinadas à demonstração das teses) sem qualquer pré-julgamento da causa.

Se o dever de cooperação deriva da natureza estatal do sujeito processual, ainda mais razões existem para se impor o dever de cooperação ao juiz. Com a adoção de um modelo cooperativo e a divisão mais clara e leal de funções, pautadas no diálogo recíproco, torna-se possível a conformação de um processo civil democrático, em que as partes tenham posição equivalente e determinante no caminho da decisão final.

4. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS

O art. 8º do NCPC contém uma série de princípios aplicados à relação processual. De acordo com seu texto, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Sendo a dignidade da pessoa humana um fundamento da República, nada mais natural que a atividade jurisdicional e, conseqüentemente, o processo, fosse o primeiro ambiente onde ela fosse assegurada. Especialmente nas causas patrocinadas pela Defensoria Pública, seus membros e todos os sujeitos do processo devem encarar o necessitado sem qualquer tipo de estigma, assegurando o acesso à justiça em pé de igualdade ao cidadão mais abastado.

O devido processo legal traz consigo as concepções de legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, o que significa dizer que as garantias previstas no ordenamento jurídico devem sempre ser asseguradas às partes e, fora das hipóteses de convenção processual, o procedimento a ser seguido é do próprio código, não havendo espaço para a “criação de ritos particulares”.

7. “O dever de prevenção tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo.” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 130. Vol. I).

A previsibilidade do procedimento é uma garantia que deve ser assegurada às partes que buscam o Poder Judiciário para a solução da lide⁸, derivada do devido processo legal.

A publicidade das decisões é a regra geral da atividade jurisdicional, já que emana, prioritariamente dos arts. 93, IX e 5º, LX da Constituição da República. Nossa própria carta transfere ao legislador infraconstitucional a possibilidade de limitar a publicidade do processo, o que ocorre no art. 189 do NCPC.

De acordo com o código, o segredo de justiça incidirá nos casos em que o interesse público ou social assim exigir; nas demandas que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes, diante da natureza particular do interesse deduzido; nos casos em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; e nas demandas que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

5. CONTRADITÓRIO

A preservação do contraditório na relação processual é, talvez, uma das mais importantes previsões do capítulo de normas fundamentais do processo civil. Os novos paradigmas trazidos pelo legislador revelam o alinhamento de pensamento à doutrina moderna que não mais encara o contraditório como a simples garantia da audiência bilateral.

Enxergar o contraditório apenas como a possibilidade de ciência e reação é uma visão reducionista do princípio. De fato, o contraditório possui essa vertente da participação na relação processual. No entanto, a doutrina moderna já reconhece também a possibilidade de influenciar o juiz na tomada da decisão como uma característica do contraditório.

Não basta que a parte se manifeste no processo. Ela tem o direito de contribuir, cooperar na busca da decisão de mérito e influir no convencimento do juiz e não interpretação das normas discutidas na lide, em autêntico contraditório participativo.

A primeira proteção ao contraditório se extrai do art. 7º, quando o NCPC determina que seja assegurada às partes a 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.

8. “Considerar o devido processo legal como fundamento dos deveres de proporcionalidade ou razoabilidade não significa dizer que esses deveres apenas se aplicam ao âmbito processual jurisdicional. Como já se disse, o devido processo legal é princípio que se aplica em qualquer produção normativa, inclusive no processo de produção de negócios jurídicos, como será visto adiante.” (DIDIER JR., Freddie. *Curso de direito processual civil*. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 71.).

Esse dispositivo quer consagrar a isonomia processual, posto que o NCPC entende que as partes em litígio devem ocupar posições de equilíbrio na relação processual, podendo elas ter aptidão plena ao exercício de seus ônus, deveres, faculdades e direitos processuais.

A isonomia processual, no entanto, não transparece o conteúdo da isonomia processual. Em diversas passagens do CPC, veremos exceções à isonomia formal, especialmente em razão da vulnerabilidade de uma das partes, a exemplo dos incapazes. O NCPC é alinhado à concepção de isonomia material, conferindo tratamento desigual a pessoas em condição de desigualdade.

Há uma preocupação evidente do CPC com a isonomia processual, tanto que a parte final do art. 7º atribui ao juiz o dever de assegurar o contraditório das partes. Especialmente nas hipóteses em que a parte não está na plenitude de suas faculdades, deve o juiz assegurar a ela o contraditório.

É por essa razão, por exemplo, que o art. 72 determina a atuação da curadoria especial em favor das partes incapazes e ausentes (réu revel preso ou citado fictivamente), a ser desempenhada pela Defensoria Pública, nos termos do parágrafo único, do art. 72 do NCPC e do art. 4º, XVI da LC n. 80/94.

Da mesma forma, a flexibilização procedimental prevista no art. 139, VI do NCPC é uma forma de zelar pelo contraditório, especialmente quando o juiz amplia um prazo, permitindo que a parte possa melhor se manifestar sobre o que ocorre nos autos.

Uma outra derivação do contraditório é extraída do art. 9º. O NCPC não autoriza que uma decisão seja proferida contra uma parte sem que ela tenha a prévia oportunidade de se manifestar. O próprio legislador, no entanto, entende que esse dogma não pode ser absoluto e, por isso, permite no parágrafo único, exceção à regra do contraditório, nos casos de tutela provisória de urgência, às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, II e III e a decisão na Ação Monitória, nos termos do art. 701.

Note-se que o parágrafo único não está a proibir o contraditório. O que pretende o código é postergá-lo para momento posterior à decisão judicial. O legislador entendeu que as três hipóteses do parágrafo único do art. 9º exigem pronta intervenção do Poder Judiciário, o que significa transferir o contraditório para outro momento, mas jamais afastá-lo.

6. VEDAÇÃO À DECISÃO SURPRESA

Os novos paradigmas trazidos pelo CPC/2015 também trouxeram limitações à atividade jurisdicional decisória, derivados da concepção do contraditório como possibilidade de influência. Através da na redação revolucionária dos arts. 6º (“*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*”) e 10 do novo CPC (“*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.*”), o Juiz não pode prolatar decisão judicial que adote fundamento não discutido pelas partes.

A concepção reducionista do contraditório como o direito de ciência e resposta à pretensão (binômio informação x reação), a audiência bilateral, não tem mais espaço no direito processual atual, especialmente quando enxergado à luz da Constituição. A efetividade do princípio passou a ser reconhecida através da garantia da informação, reação e influência, instalando-se um verdadeiro contraditório participativo⁹.

Se levarmos em conta que o princípio do contraditório deve expressar o próprio Estado Democrático de Direito e compreende o aspecto de influência¹⁰, a possibilidade de as partes contribuírem de forma ativa na construção da decisão de mérito é um caminho imperativo.

Todas as partes não só podem como devem participar, ou melhor, ter a oportunidade de cooperar, na construção da qualificação jurídica dos fatos discutidos na causa, posto que o contraditório é um princípio de qualquer processo, seja cível, penal, trabalhista etc.

Dentro da perspectiva de cooperação e influência impõe-se ao juiz o dever de clarificação e de consideração da contribuição das partes na relação processual. O diálogo do juiz com as partes, sempre que antever a possibilidade de utilização de fundamento ou qualificação jurídica diversa reflete a construção de um processo democrático.

A nosso ver, quando o art. 10 do novo CPC adverte ao juiz a impossibilidade de prolação de decisão sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria deva ser decidida de ofício¹¹, está o código a prestigiar um processo democrático, onde a troca de ideias seja sua característica predominante.

O que se pretende evitar é a chamada “decisão-surpresa” e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio que veda a possibilidade de utilização de argumentos que não tenham sido debatidos ou ao menos ventilados durante a relação processual.

9. *“Hoje, exige-se um contraditório participativo, em que o juiz dialogue com as partes, e não apenas as escute. Ao expor suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações e das provas que estão sendo objeto de sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanhar o seu raciocínio e de influenciarem na formação do seu juízo, do seu convencimento.”* (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Vol. I. P. 514.).
10. *“Nesse contexto, observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo.”* (TORRES, Ricardo Lobo; et al. *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Elsevier, 2011. P. 200).
11. *“Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar o conteúdo da decisão.”* (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 79. Vol. I),

Não pode o juiz, por ocasião da sentença e diante dos paradigmas aqui apontados, adotar qualificação jurídica diversa ao fato, sem oportunizar o debate entre as partes. Seja através da interrupção da fase decisória ou até mesmo durante a instrução processual, caberá ao juiz buscar esse diálogo com as partes e provocá-las a se manifestar sobre as impressões que elas possuem a respeito do seu entendimento, sem que isso signifique um pré-julgamento. Na verdade, o que temos é um verdadeiro dever de consulta, oriundo da própria cooperação processual¹².

O sistema sabe que o “*juiz conhece o direito*”. Mas, as partes também conhecem e devem ter a oportunidade de expor o seu ponto de vista sobre o modo de interpretação das normas jurídicas.

Caberá ao juiz proporcionar às partes a possibilidade de apresentar fundamentos que justifiquem a pertinência ou não da adoção de determinado fundamento ou qualificação jurídica que, inclusive, passará ser objeto de apreciação obrigatória e resposta na sentença, por força da necessidade de também se aplicar o art. 489, IV do novo CPC (“*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*”) ao processo penal.

7. REFERÊNCIAS

- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009 (p. 219).
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro. In *Revista de Processo*. Vol. 240. 2015. P. 61-136.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- HICKS JR., Ronald L. *Strategies and Tips for Dealing with Dirty Litigation Tactics by Opposing Counsel*. Disponível em https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwihkr-9vqXMAhVLDJAKHWd7CfYQFggzMAM&url=http%3A%2F%2Fwww.dri.org%2FDRI%2Fcourse-materials%2F2013-Employment%2Fpdfs%2F08_Hicks.pdf&usg=AFQjCNENYZ1iKRu2As5-wU-OSTIJ0ZNDEQ&sig2=sHc_4_owVwe3Ftm1uOqV0Q. Acesso em 23 abr. 2016.
- NEVES, Daniel A. Assumpção. *Novo CPC: inovações, alterações e supressões comentadas*. Rio de Janeiro: Método, 2015. p. 16.
- TORRES, Ricardo Lobo; et al. *Dicionário de princípios jurídicos*. São Paulo: Elsevier, 2011. P. 200.

12. “O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida ex officio, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. Ed. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 129. Vol. I),