

O Processo Democrático e a Ilegitimidade de Algumas Decisões Judiciais^{1 2}

Lúcio Delfino

Doutor em Direito Processual Civil (PUC-SP). Diretor da Revista Brasileira de
Direito Processual. Advogado.

Sumário: **1** Considerações introdutórias – **2** A legitimidade do poder no Estado Democrático de Direito – **3** A tensão entre jurisdição e democracia – **4** A feição contemporânea do contraditório – **5** Casos práticos de decisões judiciais proferidas à margem do contraditório – **5.1** A condenação à multa por litigância de má-fé – **5.2** A condenação por honorários de sucumbência e a incidência dos juros moratórios e correção monetária – **5.2.1** Considerações iniciais – **5.2.2** Os honorários sucumbenciais – **5.2.3** Os juros e a correção monetária – **5.3** Decisões judiciais elaboradas com assento em tese jurídica diversa daquelas debatidas ao longo do procedimento – **5.4** Decisões judiciais fundadas em presunção judicial construída em atentado à dialética processual – **5.5** Decisões judiciais produzidas de ofício – **5.6** Decisões judiciais que desconsideram abruptamente a personalidade de pessoas jurídicas – **5.7** Decisões que julgam embargos de declaração – **6** Conclusões

1 Considerações introdutórias

O tema que ora se enfrenta reverbera circunstância que toca sensivelmente na prática jurídica. É natural que o substrato do raciocínio seja teórico, mas, ao fim e ao cabo, se perceberá que o escopo pretendido aqui é mesmo apontar incoerências

¹ Este texto retrata palestra proferida em 12.05.2011, no II Congresso Mineiro de Direito Processual. Foram acrescentadas ao texto original inúmeras notas (de rodapé e no corpo do texto), com a intenção de municiar o leitor com informações ainda mais variadas.

² Dedico este trabalho ao Professor Donaldo Armelin, cujo nome se insere no rol dos mais importantes processualistas do planeta. Confesso neste espaço minha admiração, respeito e gratidão pelo mestre.

verificadas no dia a dia forense, sobretudo distinguir decisões judiciais proferidas em desarmonia com a ideologia estatal³ contemporânea.

Quer-se, afinal: i) sublinhar a opção do constituinte por um regime democrático; ii) abordar a questão da legitimidade do poder estatal no modelo do Estado Democrático de Direito, especialmente a daquele exercido por intermédio dos juízes (jurisdição); iii) enfrentar o problema da (aparente) tensão entre jurisdição e democracia (caráter contramajoritário do Judiciário), bem como demarcar resposta que se apresente consentânea aos ditames constitucionais; iv) situar a importância do contraditório no ambiente processual; e v) apresentar um rol de decisões judiciais — atinentes a uma variedade de matérias — que hoje são proferidas pelo Judiciário brasileiro em desatenção ao princípio democrático, pois imbuídas de um ideário que flerta perigosamente com o absolutismo.

Esta é a proposta do presente estudo.

2 A legitimidade do poder no Estado Democrático de Direito

Vive-se num Estado caracterizado como *democrático*. Ou, utilizando-se das expressões eleitas pelo constituinte, vive-se num *Estado Democrático*. É o que se verifica já no preâmbulo da Constituição: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Também a junção das mesmas expressões — agora reforçadas por outra — encontra registro no art. 1º da Carta Republicana: “A

³ Para Luiz Fernando Coelho, o conceito de *ideologia* remete à imagem que os homens fazem de si mesmos, da sociedade e do mundo que os envolve; a valoração dos objetos culturais é resultado dela, bem como a maioria das atitudes e comportamentos sociais. A valoração estética, econômica ou de outro tipo, que uma pessoa atribui a algo, é influenciada pelo tipo de educação, pela quantidade de informações que recebem em sua vida, pelas influências ideológicas a que está sujeita (COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. São Paulo: Manole, 2004. p. 18-19). Parece acertado, nesse rumo, concluir que a referência à *ideologia estatal* encontra significados no próprio (modelo ou paradigma de) Estado Democrático de Direito, nas suas diretrizes fundamentais e estruturantes positivadas no âmbito constitucional. Daí se afirmar — já se adiantando — que a Constituição é o *referencial lógico-jurídico hermenêutico* de todo o ordenamento jurídico, a partir da qual as práticas jurídicas contemporâneas encontram a devida legitimidade.

República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político”. Já no parágrafo único do aludido art. 1º há um dispositivo repleto de simbolismo, que assinala as aspirações do constituinte e funciona como exortação a todos os órgãos incumbidos do exercício do poder estatal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Compreenda-se que *legítimo* é o poder estatal quando praticado conforme diretivas assumidamente adotadas e aceitas pela sociedade.⁴ Não é possível — leciona Antonio Carlos Wolkmer — pensar e estabelecer uma dada ordem política e jurídica centrada exclusivamente na força material do poder, visto que, por trás dele — seja político ou jurídico — subsiste uma condição de valores aceitos de maneira consensual e que refletem os interesses, as aspirações e as necessidades de uma determinada comunidade. A legitimidade, afinal, incide na esfera da consensualidade dos ideais, dos fundamentos, das crenças, e dos princípios ideológicos, supõe a transposição da simples detenção do poder e a conformidade com as aceções do justo advogadas pela coletividade.⁵

⁴ Para Bobbio, a legitimidade está vinculada a uma “situação” e a um “valor”, na configuração do Estado Democrático de Direito. A “situação” diz respeito à “aceitação do Estado por um segmento relevante da população”; já o “valor” é identificado no “consenso livremente manifestado por uma comunidade de homens autênticos e conscientes” (BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 1986. p. 678).

⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 79-81. Ainda com maior profundidade, pontua o aludido jurista: “Legitimidade: entende-se como uma ‘qualidade do título de poder’. Implica numa noção substantiva e ético-política, cuja existencialidade move-se no espaço de crenças, convicções e princípios valorativos. Sua força não repousa nas normas e nos preceitos jurídicos, mas no interesse e na vontade ideológica dos integrantes majoritários de uma dada organização social. Enquanto conceituação material, legitimidade condiz com uma situação, atitude, decisão ou comportamento inerente ou não ao poder, cuja especificidade é marcada pelo equilíbrio entre a ação dos indivíduos e os valores sociais, ou seja, a prática da obediência transformada em adesão é assegurada por um consenso valorativo livremente manifestado sem que se faça obrigatório o uso da força” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 84).

É adequado, nesse rumo, afirmar que essa fonte de consenso social há de ser buscada na própria Constituição, *referente lógico-jurídico hermenêutico*⁶ de todo o ordenamento jurídico e, mais acentuadamente, no arquétipo do Estado Democrático de Direito por ela encampado.⁷ Lembre-se que o titular do *poder constituinte originário* é o povo, que determina quando e como uma nova Constituição deve ser elaborada, isto é, a *soberania popular* retrata com perfeição a ideia de *poder constituinte*, matriz de todos os poderes exercidos pelo Estado. Por isso se afirma que uma Constituição é fonte de *consenso social*, pois nascida da empreitada de uma assembleia constituinte (uma convenção), à qual se atribuiu o exercício do poder constituinte e cujos integrantes, além de eleitos pelo próprio povo, também tinham por papel representá-lo e assegurar seus interesses.

Em reforço, Cynara Monteiro Mariano:

A partir da declaração francesa, a legitimidade passou a significar o exercício do poder, em nome do povo, segundo uma constituição que contivesse um conteúdo valorativo mínimo: a proteção à liberdade dos indivíduos e mecanismos para a contenção dos abusos estatais. O seu significado, contudo, teria adquirido maior importância no cenário político com o segundo pós-guerra e o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que, apesar de ter-se limitado apenas aos fatos relacionados com os crimes de guerra, constatou a natureza criminoso do regime nazista e, por via de consequência, a ilegitimidade do sistema normativo por ele instalado, o que serviu de alerta para a necessidade de estabelecer a distinção entre as categorias da legalidade e da legitimidade, diversamente do que sustentava o formalismo jurídico de Kelsen. (...) A partir de então, os conceitos positivistas, no tocante à identificação da legalidade com a legitimidade, perderam força, enfraquecendo-se ainda mais com o advento do Estado Social, pois, com esse, as leis passaram a veicular prestações sociais, desencadeando o surgimento de uma racionalidade já não mais formal, correspondente ao Estado Liberal, mas material. Ou seja, a racionalidade do direito passou a vincular-se a objetivos de bem-estar social, equidade, ou a uma ética determinada, ou, no dizer de Luigi Ferrajoli, com a expansão do paradigma constitucional presente no constitucionalismo da atualidade, houve uma verdadeira mudança de fundamento de validade das normas jurídicas, que não valem mais somente em virtude de sua conformação com o procedimento de elaboração, mas também porque guardam correspondência, de conteúdo, com os valores e princípios constitucionais.⁸

Em resumo: num Estado Democrático de Direito, as *atividades estatais* e as *decisões públicas* delas oriundas adquirem legitimidade *se e quando* conforme aos

⁶ Essa expressão foi retirada de trabalho elaborado por Ana Flávia Sales (*A legitimidade do provimento jurisdicional no direito democrático*. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>. Acesso em: 11 abr. 2011).

⁷ É inegável a sintonia hoje verificada entre os conceitos de (i)legitimidade e (in)constitucionalidade. A *legitimidade* afastou-se da *legalidade* para se harmonizar com a *constitucionalidade*.

⁸ MARIANO, Cynara Monteiro. *Legitimidade do direito e do Poder Judiciário: neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte permanente?*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 3-4.

vetores constitucionalmente estabelecidos. E isso não se dá apenas mediante um único critério, apesar de incluídos todos numa única categoria denominada *legitimidade pelo devido processo*.⁹ Assim é que, no âmbito da atividade jurisdicional, fala-se em *legitimidade pelo contraditório* — ou *legitimidade pela participação*, ou *legitimidade pela cooperação* — o que denota a indispensabilidade da *construção participada dos provimentos* e a conseqüente abolição de decisões elaboradas segundo os padrões encontrados unicamente num *espaço metafísico não fiscalizável* decorrente da subjetividade do juiz¹⁰ (*messianismo judicial e tirania dos juízes*). Também se alude em doutrina à *legitimidade da decisão pelos direitos fundamentais materiais* — ou *legitimidade pelo conteúdo da decisão*, ou *legitimidade pela própria decisão* —, proveniente do imperativo de se verificar a constitucionalidade da *norma abstrata* antes de propriamente aplicá-la em prol da solução ao caso concreto, assegurando a esta, ademais, exegese que, conquanto oriunda do debate travado ao longo do *iter* procedimental, se afigure hábil para concretizar, na maior medida possível, os princípios materiais constitucionais (incluídos aí, sobretudo, os direitos fundamentais materiais).¹¹

⁹ É o que se verifica pelos seguintes comandos emblemáticos, positivados em âmbito constitucional: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens *sem o devido processo legal*” (CF, art. 5º, LIV); e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral *são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*” (CF, art. 5º, LV).

¹⁰ A expressão “espaço metafísico não fiscalizável” também foi extraída do ensaio de Ana Flávia Sales (*A legitimidade do provimento jurisdicional no direito democrático*. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br>>. Acesso em: 11 abr. 2011).

¹¹ Para Luiz Guilherme Marinoni, apenas a “legitimação pelo contraditório” vincula-se ao procedimento: (...) “a legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão. É que o contraditório e a adequação legitimam o processo como meio, porém não se prestam a permitir a identificação da decisão ou do resultado do processo, ou melhor, a garantir o ajuste da decisão aos compromissos do juiz com os conteúdos dos direitos fundamentais. O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 438). Acerta o mestre ao afirmar a possibilidade de o procedimento aberto ao contraditório não produzir decisão compromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais. Enfim, a participação dialógica das partes no arco procedimental não conduz necessariamente a provimentos jurisdicionais afinados às normas constitucionais. Daí a necessidade da *legitimação pela própria decisão*, capaz de assegurar o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais materiais. Entretanto, não se afigura correto tratar da *legitimidade pela própria decisão* — ou, como prefere o mestre, *legitimidade pelo conteúdo da decisão* — como uma categoria alheia ao procedimento. A *legitimidade pela própria decisão* traduz-se em subcategoria, insere

3 A tensão entre jurisdição e democracia

O Estado Democrático de Direito é um modelo intencionado a conciliar e superar as colidentes filosofias liberal-burguesa e socialista, que já encamparam as diretrizes ideológicas condutoras de variadas sociedades ocidentais.¹² No Brasil, sua escolha é expressa nos ditames literais do já aludido artigo inaugural da Carta de 1988

dentro daquela maior, denominada *legitimidade pelo devido processo*. Autorizar o juiz a se amparar numa legitimidade alheia ao procedimento, ajustando, ele próprio, o debate travado pelas partes (= contraditório) ao conteúdo dos direitos fundamentais é tão somente endossar a produção de decisões-surpresa, nascidas de um *arranjo mental solipsista*, que não se submete, por isso, à (indispensável) fiscalização das partes. Advogar a existência de uma categoria de legitimidade externa ao *devido processo*, é simplesmente defender postura antidemocrática (= ilegítima, inconstitucional), sobretudo pelo atentado à concepção de que as decisões públicas são fruto da participação de seus destinatários. A *legitimidade pelo conteúdo da decisão* defendida como categoria alheia ao *devido processo legal* afronta aquilo que Daniel Mitidiero denomina de *dever de consulta* — decorrente do *princípio da colaboração* — e que exige do órgão judicial a consulta das partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando que elas primeiramente o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 194, p. 55-69, 2011). Daí a conclusão lógica: também a *legitimidade pelo conteúdo da decisão* encontra-se vinculada ao *devido processo legal*, razão pela qual o juiz não está autorizado, segundo seu exclusivo talante, a elaborar provimentos alheios ao material (fático e jurídico) debatido ao longo do procedimento, ainda que motivado pela imperiosa necessidade de ajustar a decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais. Caso perceba que o debate travado entre as partes não se apresente suficientemente maduro para garantir o ajuste da decisão ao conteúdo dos direitos fundamentais, deve, exercitando seu *dever de consulta* (decorrente do *princípio da colaboração*), incitar as partes e informá-las sobre isso, direcionando e permitindo um debate complementar. Somente depois é que estará autorizado a proferir o provimento jurisdicional.

¹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 29. Sobre o Estado Democrático de Direito, são válidas as ponderações extraídas de obra escrita por Bernardo Gonçalves Fernandes. Esclarece o jurista que o Estado Democrático de Direito é também nominado, por autores de tradição alemã, de Estado Constitucional. A razão para isto é clara: as aquisições históricas deixaram evidente que não é a submissão ao Direito que justificam limitações atribuídas ao Estado e aos governantes, mas necessariamente uma subjugação total à Constituição. Numa tentativa didática, alguns explicam o Estado Democrático de Direito como a somatória de dois princípios fundamentais: o Estado de Direito e o Estado Democrático. Porém, além de uma mera junção, o produto desses dois princípios acaba revelando um conceito novo que, mais que adicionar um no outro, equivale à afirmação de um novo *paradigma* de Estado e de Direito. É o Estado Democrático de Direito muito mais que um princípio e se configura, assim, em verdadeiro paradigma — um pano de fundo de silêncio — que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. Representa, sobretudo, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores — Estado Liberal e Estado Social —, pois nele a concepção de direito não se limita a um mero formalismo (Estado Liberal), tampouco descamba para uma materialização totalizante (Estado Social). A perspectiva assumida pelo direito caminha para a *procedimentalização*; configura-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos (a sociedade) (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 202-203).

(CF, art. 1º). É uma das marcas peculiares a esse paradigma situa-se justamente na criação *democrática* do direito; afinal, vive-se, insista-se nessa ideia, num regime tido por *democrático*. Em última instância, quer isso significar a garantia de que ao povo se assegura a *participação*, direta ou indireta, no processo de formação das *decisões públicas*.¹³ Basicamente é o que preconiza o constituinte quando afirma que *todo* poder emana do povo, que o exerce *por meio de representantes* eleitos (democracia representativa), ou *diretamente* (democracia participativa), nos termos desta Constituição (CF, parágrafo único do art. 1º, primeira parte).¹⁴

¹³ Nesse rumo, Henrique Yukio: “...o hodierno Estado Democrático de Direito surgiu apresentando como seu fundamento o princípio da soberania popular e defendendo a transformação do *status quo*, mediante um processo de efetiva incorporação de todos os cidadãos nos mecanismos de produção, controle e fiscalização das decisões. Este novo paradigma representou a adoção da democracia como regime de governo, como princípio basilar de uma nova ordem constitucional, surgida no Brasil com a Carta de 1988, e disciplinador da organização do Estado, da relação deste com os indivíduos e destes entre si” (SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 112, 2010).

¹⁴ Sobre o conceito de *democracia*, Bernardo Gonçalves Fernandes aduz que desnudá-lo é tarefa hercúlea. Etimologicamente — continua o jurista —, significa “governo do povo”. Porém, mais do que isso, é correto afirmar que democracia é uma lógica na qual o povo participa do Governo e do Estado, razão pela qual a ordem jurídica consagra instrumentos não apenas de *democracia direta* (plebiscito, referendo), como também de *democracia indireta* (eleição de representantes que concorrerão aos cargos públicos). Hoje, entretanto, é fato que a democracia não se justifica unicamente na possibilidade de escolha dos atores políticos, pois inclui ainda uma proteção constitucional que afirma: i) a superioridade da Constituição; ii) a existência de direitos fundamentais; iii) a legalidade as ações estatais; iv) um sistema de garantias jurídicas e processuais. Bernardo Gonçalves vai além e indica que Bobbio traz uma leitura baseada em critérios *quantitativos*, pois para ele a democracia corresponde a um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos — a democracia, aqui, faz uso de um instrumento que é a *regra da maioria*. Também se refere a Habermas, o qual, apostando na racionalidade comunicativa, apresenta outra possibilidade de leitura da democracia, afinada a uma perspectiva *qualitativa*. Vale dizer, com a razão comunicativa a decisão democrática será aquela inserida numa dinâmica procedimental na qual tanto autores como sujeitos da decisão possam consentir e reconhecer que o resultado foi correto, porque fruto do “melhor argumento”. Aqui, seja quem tomará a decisão, seja quem sofrerá os seus efeitos, serão e poderão, ambos, assumir-se — ao menos virtualmente — como coautores daquela mesma decisão, porquanto participantes de um mesmo discurso que conduzirá à sua definição. Conclui Bernardo Gonçalves, focando seu raciocínio à realidade brasileira, com a afirmação de que a Constituição de 1988 articulou tanto o plano de *democracia direta* quanto da *indireta, criando uma figura semidireta de cunho participativo*. Assim, afora a possibilidade de eleição dos representantes políticos, o texto constitucional contempla as modalidades de plebiscito (art. 14, I), *referendum* (art. 14, II) e a iniciativa legislativa popular (art. 14, II, regulada pelo art. 61, §2º). O propósito é criar condições para desenvolvimento de uma cidadania plena, com livre exercício das liberdades públicas (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 206-207).

De fácil assimilação a ideia de *democracia representativa*. Trata-se de uma licença para que o exercício do poder se dê não propriamente pelo povo, mas por aqueles que ele elegeu. É mediante o sufrágio que o povo escolhe os que irão representá-lo na condução dos órgãos públicos (Legislativo e Executivo), assegurando, por consequência, *algum respaldo de legitimidade democrática* (ainda que insuficiente, pois meramente formal) à atuação deles (representantes) em prol dos interesses da sociedade.¹⁵

É inegável que também o Judiciário é um órgão estatal. Seus regentes, todavia, não são eleitos pelo povo, embora exerçam importantíssima atividade pública (jurisdição) e contribuam para a consecução das normas constitucionais. A atuação do Judiciário, portanto, não se ajusta ao regime da *democracia representativa*. Muitos

¹⁵ Ao se afirmar que a *democracia representativa* atribui apenas *algum respaldo* de legitimidade à atuação dos representantes eleitos pelo povo, quer-se com isso sublinhar que ela se baseia em um *critério formal* e, por isso, insuficiente para legitimar, por completo, atividades estatais e decisões delas provenientes. Em outras palavras, a *democracia representativa* não assegura que a *vontade do povo* abalize o exercício do poder estatal, porque se traduz em mero *método* que permite a eleição de membros do Executivo e Legislativo, maneira indireta de participação nas decisões públicas, mas que, como afirmado, nem sempre reverbera os anseios da maioria. Ao revés, a *democracia participativa*, para além de simples método (ou forma), proporciona, aí sim, a coincidência entre a vontade popular (da maioria) e a prática do poder estatal. A respeito disso, recorde-se a lição do imortal Pontes de Miranda: “Quando se exprobra à democracia indireta o não ser a vontade do povo que se exprime, comete-se o erro de querer que a forma, o método, se transforme em fundo. A escolha do membro do Parlamento ou de Chefe de Estado é participação no poder estatal. Nada mais. Se se quisesse que o povo exprimisse a vontade, por maioria de votos, seria sempre direta a democracia. Sendo indireta, quaisquer exigências de coincidência entre a ‘vontade geral’ ou a ‘vontade do povo’ e o que se vota no Parlamento é simples metáfora” (MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1979. p. 195). Sobre o assunto, também é interessante lembrar que Rousseau atacou a *democracia representativa*, dizendo inadmissível que um cidadão (ou um conjunto deles) seja representado por outro em uma assembleia. Em sua ótica, a liberdade e a vida política se realizam de fato apenas quando cada cidadão se faça presente no momento da discussão das leis. Preconizou, referindo-se às eleições do parlamento inglês, que o povo inglês só é livre e soberano durante as eleições; porém, retorna à escravidão depois delas, na medida em que entrega a sua soberania aos deputados [ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: ensaio sobre a origem das línguas*. São Paulo: Abril Cultural, 1999. p. 187. (Os pensadores)]. Não basta, deste modo, que o texto normativo seja fruto de um procedimento legislativo. Imprescindível que a normatividade sujeite-se, como critério de validade, à comprovação discursiva, algo obviamente que não se reduz à pessoa do juiz, por envolver as próprias partes que também laboram na elaboração participada do provimento jurisdicional. Daí se dizer que o processo é método destinado a conferir legitimidade à atividade jurisdicional e aos seus resultados, sobretudo frente aos direitos fundamentais processuais que compõem a sua essência.

veem, deste modo, um *déficit democrático* na atividade jurisdicional,¹⁶ sobretudo por não entenderem como uma minoria de juízes, *não eleita democraticamente pelo povo*, possui autoridade de se sobrepor aos demais órgãos do poder, a exemplo do que frequentemente ocorre quando, no exercício do controle de constitucionalidade, o Judiciário invalida leis e/ou atos normativos oriundos da atuação de representantes democraticamente eleitos — fenômeno denominado de *caráter contramajoritário do Judiciário*.¹⁷ Ou como bem resume Roberto Gargarella ao indagar: “Como é possível

¹⁶ Não parece totalmente adequado resolver o problema segundo uma cômoda posição formalista, que atribui legitimidade à atividade jurisdicional porque a Constituição prevê a nomeação de juízes mediante concurso de provas e títulos (argumento normativo, formal, procedimental). Ainda que tal resposta não possa ser desprezada, é ela simplista e tangencial, pois negligencia o cerne da questão e, de tal modo, não colabora o suficiente para seu desenlace. Ou seja, afirmar que a Constituição é que determina a maneira pela qual os juízes são nomeados não esclarece, na essência, as razões pelas quais o poder jurisdicional, apesar de emanado do povo, não é por ele exercido por intermédio de representantes eleitos (CF, parágrafo único do art. 1º, primeira parte). Tampouco responde como as decisões judiciais, proferidas por juízes não eleitos, detêm autoridade para invalidar atos legislativos e administrativos oriundos da atuação de representantes democraticamente eleitos pelo povo.

¹⁷ Confira-se, nesta linha, o raciocínio sempre elucidativo de Luís Roberto Barroso: “Os membros do Poder Judiciário — juízes, desembargadores e ministros — não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República — sufragado por mais de 40 milhões de votos — ou do Congresso — cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular — é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica”. E continua o mestre: “O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral, e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito”. E mais: “A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo,

que um minúsculo grupo de juízes, não eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto, gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular?”¹⁸

A verdade, porém, é que a aparente tensão entre *democracia* e *jurisdição* se caracteriza num falso problema quando se pensa o direito processual segundo uma

entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios — não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas”. E conclui: “Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição — e do Judiciário como seu intérprete maior — não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios — como ninguém deve, aliás, nessa vida — impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição” (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. p. 10-12. Disponível em: <www.oab.org.br>. Acesso em: 12 maio 2009).

¹⁸ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996. p. 9. Não escapa de Luiz Guilherme Marinoni esta questão: “O debate em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, ou melhor, a respeito da legitimidade do controle da constitucionalidade da lei, funda-se basicamente no problema da legitimidade do juiz para controlar a decisão da maioria parlamentar. Isso porque a lei encontra respaldo na vontade popular que elegeu o seu elaborador — isto é, na técnica representativa. Por outro lado, os juízes, como é sabido, não são eleitos pelo povo, embora somente possam ser investidos no poder jurisdicional através do procedimento traçado na Constituição, que prevê a necessidade de concurso público para o ingresso na magistratura de 1º grau de jurisdição — de lado outros critérios e requisitos para o ingresso, por exemplo, no Supremo Tribunal Federal” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 431).

concepção que lhe é contemporânea. *Não é aceitável ver na jurisdição uma restrição à própria democracia.*¹⁹

É o processo ambiente democrático porque os resultados dele oriundos não decorrem do labor solitário da autoridade jurisdicional (*solipsismo judicial*),²⁰ mas, bem diferentemente, também são fruto do empenho dos demais envolvidos (partes), que *participam e influenciam* na construção do provimento jurisdicional do qual são destinatários.²¹ Vale dizer, na seara processual é *dever* do juiz — *dever de consulta* proveniente do *princípio da colaboração*²² — assegurar às partes a participação delas

¹⁹ O que se pode assegurar com acerto é que o Judiciário, ao controlar a constitucionalidade da lei, não nega a teoria democrática ou mesmo a vontade do povo, mas, bem diferentemente, controla a decisão da maioria que desborda da Constituição (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 12 nov. 2010).

²⁰ A expressão *solipsismo judicial* traduz-se num espaço subjetivo o qual se encontra blindado ao exercício pleno do contraditório, dele se originando decisões judiciais decorrentes do labor solitário do juiz, ao arrepio da necessária colaboração das partes. O *juiz solipsista* é aquele que se basta em si, egoísta, encapsulado, que atua solitariamente, pois compromissado apenas com a sua própria subjetividade. Para um aprofundamento acerca dos significados dessas expressões, verificar: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010; DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, p. 228-260. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf>. Acesso: 11 abr. 2011; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008).

²¹ Consoante esclarece Botelho, é bem verdade que o sufrágio universal nem sempre legitima o parlamento, sobretudo quando se constata dissociação entre eleitos e eleitores (Rousseau). O mesmo autor complementa o raciocínio, citando em nota de rodapé Mauro Cappelletti: “Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o ‘sentimento de participação’. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição (...) desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participativo de todos os processos da atividade pública” (BOTELHO, Marcos César. *Democracia e jurisdição: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia participativa de Jürgen Habermas*. Disponível em: <www.portaldosperiodicos.idp.edu.br>. Acesso em: 04 mar. 2011).

²² Sobre os *deveres* (= regras) atribuídos à autoridade jurisdicional na condução do processo, decorrentes do *princípio da colaboração*, são imprescindíveis as lições de Daniel Mitidiero: (...) “a colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso). A colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras

(= contraditório), *de maneira ativa e direta*, na criação da *norma jurídica pacificadora*²³ — expressão do poder estatal —, circunstância a qual instala a jurisdição, com suficiente perfeição, no coração do parágrafo único do art. 1º (segunda parte), que igualmente prevê a *democracia participativa* como meio de legitimidade democrática do poder estatal — “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente*, nos termos desta Constituição”²⁴.

E, conforme restará claro a seguir, no Estado Democrático de Direito o *contraditório* é a *ponte de ouro* entre *jurisdição* e *democracia*.

que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. É assim que funciona a cooperação. *Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo civil*. A doutrina é tranquila a respeito disso. O dever de esclarecimento constitui ‘o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo’. O de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’. O de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de auxílio, o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prôt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 194, p. 55-69, 2011).

²³ Segundo Fredie Didier Jr., “falar em processo democrático é falar em processo equilibrado e dialógico. Um processo em que as partes possam controlar-se, os sujeitos processuais tenham poderes e formas de controle previamente estabelecidos. Não adianta atribuir poder, se não houver mecanismos de controle desse poder” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 62).

²⁴ Sobre uma ideia mais geral de *democracia participativa* e o porvir, confira-se o ensinamento de Paulo Bonavides: “Na escalada da legitimidade constitucional, o século XIX foi o século do legislador, o século XX o século do juiz e da justiça constitucional universalizada; já o século XXI está fadado a ser o século do cidadão governante, do cidadão povo, do cidadão soberano, do cidadão sujeito de direto internacional, conforme consta, de último, da jurisprudência do direito das gentes, segundo já assinalamos. Ou ainda, do cidadão titular de direitos fundamentais de todas as dimensões; século, por fim, que há de presenciar nos ordenamentos políticos do Terceiro Mundo o ocaso do atual modelo de representação e de partidos. É o fim que aguarda as formas representativas desfalecidas. Mas é também a alvorada que faz nascer o sol da democracia participativa nas regiões constitucionais da periferia”. E mais: “Breve, o povo, diretamente, em plebiscitos instantâneos, por via da rede eletrônica, decidirá as grandes questões de interesse nacional e de soberania. E, ao mesmo passo, por meio de referendos, igualmente instantâneos, aprovará as emendas constitucionais daquele teor. O porvir será do povo. Haverá assim mais pureza nas instituições, mais legitimidade, mais democracia, mais poder representativo; portanto, menos corrupção, menos injustiça social, menos falsidade governativa, menos alienação de cidadania” (BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 376-377).

4 A feição contemporânea do contraditório

Mais condizente com a realidade atual e hábil para afiançar legitimidade (democrática) à atividade jurisdicional, o contraditório, imbuído dos significados que hoje lhe são apregoados, garante aos cidadãos participação *direta* e efetiva no exercício da jurisdição e no resultado dela emanado.²⁵

Não mais se deve aceitar o contraditório como mera *garantia* conferida às partes de *informação* acerca dos atos processuais que se sucedem no curso procedimental. Não é ele, ademais, simples *direito vazio* de *resistir* a esses mesmos atos, mediante impugnações e requerimentos a serem registrados no caderno processual.²⁶ Pensar no contraditório como princípio de feições eminentemente formais é desprezar aquilo que lhe há de mais peculiar, é ignorar sua própria substância.²⁷ *Contraditório meramente formal é ficção e de nada serve.*²⁸

²⁵ O contraditório é um dos aspectos inerentes ao processo, elemento integrante de sua identidade, nominada por muitos de *modelo constitucional do processo*. O processo, então, condiciona a aferição de legitimidade à jurisdição e ao provimento dela resultante, função que apenas lhe será atribuída se ao contraditório forem conferidos contornos que extrapolem aquela visão lógico-formal, absolutamente vazia e que relega ao limbo toda sua importância.

²⁶ Dierle José Coelho Nunes elucida, em estudo profícuo, a visão tradicional que se tinha do princípio do contraditório: “Em uma acepção tradicional, o princípio do contraditório é entendido tão somente como um direito de bilateralidade da audiência, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação. É a aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz. Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente” (NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172).

²⁷ Nesta toada, Henrique Yukio, atento às lições de Rosemiro Pereira Leal, aponta: “O processo, por sua vez, é tratado como uma instituição constitucionalizada (artigo 5º, LIV, da Constituição da República Federativa) essencial à democracia, uma espécie de procedimento, cujo traço distintivo em relação ao gênero consiste na participação, em conjunto, dos destinatários do provimento na atividade preparatória deste. Os interessados no ato estatal participam de sua construção de uma forma especial — em contraditório entre eles —, vez que seus interesses em relação ao ato final do procedimento são opostos. O contraditório, assim, deixa de ser compreendido como a mera bilateralidade de audiência (uma possibilidade de se informar e de reagir a partir das informações recebidas), para ser entendido como a simétrica paridade de participação dos destinatários na atividade preparatória do ato estatal, sendo que esta participação tem que ser levada em consideração pelo juiz no momento da decisão” (SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 113, 2010).

²⁸ Para ilustrar, lesam o contraditório julgamentos que tomam como meio probatório legítimo, e neles assentam suas conclusões, depoimentos de testemunhas colhidos pelo perito e

Daí por que as partes têm assegurado o direito de *influir* na decisão do juiz.²⁹
Não apenas *participam* do processo, mas animam seu resultado.³⁰ Seria insignificante,

utilizados em seu laudo como sustentáculo de determinada tese. Já se decidiu a respeito disso que “perito não é juiz e, pois, não pode assumir a produção da prova testemunhal — até porque, quando isso acontece, o princípio do contraditório (...) deixa de ser observado. Cumpria à apelante, isto sim, arrolar como testemunhas, para inquirição em audiência, na presença das partes e seus advogados, as pessoas que prestaram informação ao perito” (extinto Tribunal de Alçada do Paraná, Apelação Cível nº 585/85, julgado em 17.09.1985, Relator Juiz Ivan Rghi, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 43, p. 289-290, 1986).

²⁹ Antes o contraditório era visto como uma garantia de as partes serem *informadas* sobre os atos que se sucedem ao longo do procedimento e de *reagirem* contra eles. Hoje, além de manter essa concepção formal, o contraditório surge como genuíno direito de *influência* na construção do provimento jurisdicional, num viés exegético mais consentâneo aos ideários constitucionais, especialmente à concepção de *democracia*. Assim, é certo sintetizar o contraditório na tríade *informação-reação-influência*. É essa a linha de raciocínio defendida por Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz: “É com esse espírito que a combinação das atividades do autor, do demandado e do juiz assumirá a estrutura ínsita do conceito de cooperação. Se cada um desses sujeitos trabalhar debruçado sobre a mesma matéria fática e jurídica, cada qual poderá trazer valiosas conclusões para iluminar o *thema decidendum*. O processo transforma-se em um laboratório, no qual todas as partes são convidadas a trabalhar, tal como cientistas fossem. (...) Essa seria uma manifestação positiva do princípio da colaboração. A investigação solitária do órgão judicial, nos dias atuais, mostra-se inadequada, pois o diálogo instado entre as partes e o próprio condutor do processo recomendado pelo método dialético amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. E concluem: “Quando se fala em colaboração entre as partes, admite-se que é justamente pela soma de seus esforços que o órgão judicial encontrará condições plenas para a aplicação do direito. Em outras palavras, é da soma de comportamentos parciais (tese, esposada pela pretensão + antítese, representada pela defesa) que o processo alcançará a justa síntese. Este, então, é o método de trabalho preconizado pela adoção do princípio do contraditório” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54). Em linha semelhante, Dierle José Coelho Nunes: “Neste Estado democrático os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos provimentos (atos administrativos, das leis e das decisões judiciais), e este é o cerne da garantia do contraditório. Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa. Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a idéia de que a participação das partes no processo pode ser meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial” (NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172). Sobre o tema, sugere-se examinar ainda o estudo desenvolvido por: NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 55-61.

aliás, permitir-lhes manifestações e produção probatória se ao magistrado fosse conferida a possibilidade de surpreendê-las com provimentos de conteúdo alheio aos fatos e direitos discutidos no palco processual.³¹ No campo judicial a surpresa é circunstância que sugere o arbítrio.³²

³⁰ Confira-se o raciocínio coerente de Fredie Didier Jr.: “O processo é um instrumento de composição de conflito — pacificação social — que se realiza sob o manto do contraditório. O contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. Aplica-se o princípio do contraditório, derivado que é do devido processo legal, nos âmbitos jurisdicional, administrativo e negocial. Democracia no processo recebe o nome de contraditório. Democracia é participação; e participação no processo se opera pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder”. Mais a frente, o processualista baiano aponta dois elementos que compõem a garantia do contraditório, o formal e o substancial. Sobre o segundo deles esclarece: “Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado — e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 58-59). Também acerca dessa visão contemporânea do contraditório, atentem-se para as precisas ponderações de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Exatamente em face dessa realidade cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão judicial. Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formulação de um juízo mais aberto e ponderado. A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fática da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*. p. 6. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>).

³¹ O juiz colabora, enquanto sujeito do processo, do diálogo do qual deve resultar a decisão para o caso concreto, mas isso, como adverte Aroldo Plínio Gonçalves, “não o transforma em contraditor, ele não participa ‘em contraditório com as partes’, entre ele e as partes não

Vê-se, de tudo isso, a importância desse direito/garantia fundamental, uma das vertentes do *devido processo legal*, norteado — repita-se — não só a permitir a referida participação formal das partes no módulo processual, mas, sobretudo, dirigida

há interesses em disputa, ele não é ‘interessado’, ou um ‘contra-interessado’ no provimento. O contraditório se passa entre as partes porque importa no jogo de seus interesses em direções contrárias, em divergência de pretensões sobre o futuro provimento que o *iter* procedimental prepara, em oposição. (...) O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente do processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princípio jurídico, é necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observá-lo, ele mesmo” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 121-123). Enfim, consoante se pensa, o juiz não se envolve no contraditório. *O contraditório se dá exclusivamente entre as partes*. Isso, contudo, não significa que o juiz deixa de colaborar na construção do provimento jurisdicional. O juiz coopera com as partes na construção do provimento jurisdicional, pois lhe cumpre exercer os deveres de esclarecimento, de auxílio, de prevenção e de consulta, todos decorrentes do *princípio da colaboração* [sobre o tema, verificar: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Temas atuais de direito processual civil, v. 14)]. O *dever de consulta*, em especial, possui bastante relevância, considerando que é por intermédio dele que o juiz assegura a observação do contraditório — o juiz, então, não é contraditor, não participa do contraditório, mas, sim, assegura-o. É papel do juiz, mediante os aludidos deveres, colaborar com as partes e, deste modo, assegurar-lhes um debate maduro e completo sobre as questões fáticas e jurídicas. Defendendo posicionamento contrário, Hermes Zaneti Júnior, referindo-se a Miguel Reale, Búlgaro, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Nicolò Trocker: (...) “o contraditório surge como ‘valor fonte’ do processo constitucional. Para Búlgaro, *judicium est actum trium personarum*: juiz, autor e réu. Como ficou claro dos estudos mais recentes, o juiz também está sujeito ao contraditório” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 194).

³² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero lecionam: “Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. Este último elemento não se circunscreve ao ato que resolve a controvérsia, mas compreende todas as decisões do órgão judicial, digam respeito ao mérito da controvérsia, às chamadas condições da ação, aos pressupostos processuais, ou à prova. Estende-se, ademais, à matéria fática ou de puro direito, e em qualquer fase do processo (conhecimento ou execução), abrangendo também a fase recursal, em qualquer grau de jurisdição ou no âmbito de recurso especial ou extraordinário, e a fase ou processo destinado à obtenção de tutela de urgência”. E continuam: “Na perspectiva adotada, cada um dos contraditores pode exercer um conjunto de escolhas, de reações, de controles, e ao mesmo tempo deve suportar os controles e as reações dos outros participantes. Além disso, o prolator do pronunciamento deve considerar seriamente os resultados assim obtidos”. Afirmam, ademais: “O último requisito exhibe suma importância, visto que o direito fundamental constituiria pura ilusão, se ignorada pelo órgão judicial a participação dos interessados. Em tal hipótese não haveria diálogo, mas monólogo, a contradizer o próprio conceito de processo e afrontar o direito fundamental ora sob análise” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1, p. 36-37).

a possibilitar-lhes real autoridade na construção da decisão jurisdicional. Mais do que garantia à informação, além de direito à reação, o contraditório tem por escopo permitir a interferência das partes na decisão, de modo que cooperem e influenciem *diretamente* no raciocínio do juiz.³³

São, a respeito disso, esclarecedoras as palavras do festejado processualista Leonardo Greco:

O princípio do contraditório pode ser definido como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido a ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária. O contraditório é a expressão processual do princípio político da participação democrática, que hoje rege as relações entre o Estado e os cidadãos na Democracia contemporânea. Essa compreensão estendeu o contraditório também aos processos administrativos, o que está, inclusive, expresso na Constituição (art. 5º, inc. LV). O processo se desenvolve através de uma marcha dialética, na qual, na medida em que as questões surjam, o juiz deverá colocá-las em debate para obter o pronunciamento das partes sobre elas e, depois, decidi-las. Esse é um princípio tradicional do processo judicial, que remonta à Antiguidade e é uma consequência da própria imparcialidade do juiz.³⁴

Entretanto, o contraditório, além disso, se presta a outra função. Afirmar que ele se vincula à ideia de legitimidade quer igualmente, e num outro ângulo de visão, traduzir seu papel de *controlar* a atividade jurisdicional e os resultados dela oriundos. O referido princípio constitucional, de tal sorte, colabora para o desígnio, também

³³ Esclarece Enrico Redenti que as partes têm o legítimo interesse de obter uma decisão e de influenciar, com aporte ou com a oferta de contribuições, tanto temáticas quanto informativas, demonstrativas, críticas ou polêmicas, a formação de seu conteúdo; o contraste dialético ou dialógico que deriva do contraditório fornece ao juiz imparcial e prudente os elementos necessários e suficientes (do ponto de vista da lei) sobre o tema e sobre o modo de decidir, com resultantes de relativa justiça (REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. 4ª ed. Milão: Giuffrè Editore, 1997. v. 2, p. 25-26).

³⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, p. 540. Em outro trecho de sua obra, Leonardo Greco, avançando no exame do contraditório, acrescenta: “Hoje, o contraditório ganhou uma proteção humanitária muito grande, sendo, provavelmente, o princípio mais importante do processo. Ele é um megaprincípio que, na verdade, abrange vários outros e, nos dias atuais, não se satisfaz apenas com uma audiência formal das partes, que é a comunicação às partes dos atos do processo, mas deve ser efetivamente um instrumento de participação eficaz das partes no processo de formação intelectual das decisões. Assim, impõe-se que as partes sejam postas em condições de, efetivamente, influenciar as decisões. As regras tradicionais da igualdade das partes e da sua audiência bilateral são básicas, mas, como já se afirmou, não satisfazem o contraditório participativo como um instrumento do princípio político da participação democrática. É necessário que o contraditório instaure o diálogo humano, que permita, por exemplo, ao juiz flexibilizar prazos e oportunidades de defesa, para assegurar a mais ampla influência das partes na formação da sua decisão” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, p. 541).

democrático, de obstar arbítrios e subjetivismos provenientes do órgão jurisdicional (*decisionismos*).

Se o diálogo travado processualmente é pelo juiz considerado na formulação da norma jurídica pacificadora, é evidente que o contraditório assume mesmo função de *controle* do poder estatal jurisdicional. Como meio de controle do ativismo judicial, hoje difundido e necessário, *nada melhor, e mais democrático, do que investir na imposição de um ativismo também das partes, num viés voltado à cooperação na construção do provimento jurisdicional*.³⁵ Afinal, segundo esse modelo, as partes não se surpreenderão com *decisionismos* oriundos exclusivamente de reflexões solitárias do juiz. De antemão, terão consciência de que a decisão, como manda um adequado regime democrático, será proveniente do debate travado no processo, relativo a questões de fato e de direito por elas mesmas suscitadas ou provocadas pelo próprio juiz na busca da (utópica) verdade real. Abaliza-se, desta forma, o princípio da segurança jurídica, pois às decisões judiciais confere-se previsibilidade e, por consequência, resguardam-se as expectativas das partes no que toca ao resultado oriundo da atividade jurisdicional.

Dito de maneira direta: eventuais surpresas no resultado da jurisdição atentam não só à democracia, senão ainda à própria segurança jurídica.³⁶ Ulceram o poder de

³⁵ Importante advertência é formulada por Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes: “Devemos nos preocupar com o reforço do papel do juiz, mas ao mesmo tempo com o reforço do papel das partes e dos advogados, pois caso contrário delinear-se-á um sistema antidemocrático de aplicação de tutela no qual o juiz deverá trabalhar praticamente sozinho, sem subsídio técnico algum do procedimento e dos advogados” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 110, 2009).

³⁶ É óbvio que aqui não se inserem as chamadas “decisões liminares”, de natureza cautelar ou antecipatória, sempre que proferidas legitimamente, com assento no postulado da proporcionalidade. Nesse caso, admitem-se, de maneira excepcional, *decisões-surpresa*, prolatadas, ao menos inicialmente, ao arrepio do contraditório. Depois de concedidas as tais liminares, o debate processual é oportunizado (contraditório *sucessivo*, *postecipado* ou *diferido*). Sobre o assunto, Dierle José Coelho Nunes: “A possibilidade de deferimento de provimentos sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera parte*) possui previsão técnica no Brasil tanto para provimentos cautelares (art. 804, CPC) quanto antecipatórios (art. 273, CPC), mas seu exercício deverá somente ser acatado quando além de observados os permissivos legais ocorra no caso concreto maior adequabilidade de aplicação de algum outro princípio constitucional em detrimento da abertura e aplicação do contraditório. Quando não existir melhor adequabilidade de outro princípio em face do contraditório não existiria razão para proferimento de decisão sem a abertura do debate preventivo, ou seja, somente excepcionalmente a liminar deveria ser deferida sem oitiva da parte *ex adversa*” (NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de

controle que é conferido constitucionalmente às partes através do contraditório. A decisão judicial — repita-se — não é fruto da onipotência solitária do magistrado (= juiz *solipsista*),³⁷ mas proveniente de uma construção dialética e argumentativa a envolver do mesmo modo o ativismo das próprias partes.³⁸

não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172).

³⁷ Como bem anota Lenio Luiz Streck, acreditar que a decisão judicial é produto “de um ato de vontade (de poder) nos conduz inexoravelmente a um fatalismo. Ou seja, tudo depende(ria) da vontade pessoal (se o juiz quer fazer, faz; se não quer, não faz...!). Logo, a própria democracia não depende(ria) de nada para além do que alguém quer...! Fugamos disso! Aliás, a hermenêutica surgiu exatamente para superar o assujeitamento que o sujeito faz do objeto (aliás, isso é o que é a filosofia da consciência...!)” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38). O mesmo autor mostra que a problemática relacionada à jurisdição e o papel destinado ao juiz vem de longe, especificamente desde o século XIX. Esclarece, deste modo, que desde “Oskar von Bülow (...) a relação publicística está lastreada na figura do juiz, ‘porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo’, com poderes para além da lei, tese que viabilizou, na sequência, a Escola do Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é ‘prover’, ‘fazer o que seja necessário’; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, chega a dizer que ‘o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça’; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei. No Brasil, essa ‘delegação’ da atribuição dos sentidos em favor do juiz atravessou o século XX, sendo que tais questões estão presentes na concepção instrumentalista do processo, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos, estando permitido ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo que não contidas no direito legislado, com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da ‘boa escolha dos juízes’ (...) e, conseqüentemente, de seu — como assinalam alguns doutrinadores — ‘sadio protagonismo’” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40-41).

³⁸ Cleber Lúcio de Almeida apresenta visão bastante similar a que ora se defende: “O Estado Democrático de Direito tem como característica essencial a criação das normas jurídicas gerais e abstratas pelos seus destinatários (construção participada da ordem jurídica). Nesse sentido, estabelece o art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República que todo poder emana do povo. Contudo, no verdadeiro Estado Democrático de Direito, não é suficiente a construção participada da ordem jurídica. Nele, o processo judicial, como instrumento de atuação de uma das funções do Estado, deve estar em sintonia com os princípios adotados constitucionalmente, dos quais decorre o direito fundamental de participação na tomada de decisões. Por essa razão, também a norma jurídica concreta — a norma regente do caso submetido ao Poder Judiciário ou o direito no caso concreto — deve ser construída com a participação dos destinatários dos seus efeitos (construção participada da decisão judicial ou do direito no caso concreto). A participação das partes na formação do direito no caso concreto opera em favor da consolidação do Estado Democrático de Direito, uma vez que ser senhor do próprio destino é participar não só da criação, mas também da aplicação das normas jurídicas gerais e abstratas a casos concretos”. Mais à frente, leciona: “Participar da formação da decisão judicial é, também, participar da compreensão do significado das normas jurídicas gerais e abstratas (interpretação). Essa participação legitima a atribuição de significado à norma constante da decisão e a torna mais objetiva, uma vez que

Com alicerce nesse viés, relacionado à *legitimidade* e ao *controle* da própria jurisdição e de seu resultado, aviva-se o entendimento centrado na invalidade de *decisões-surpresa*, referentes a questões fáticas e/ou jurídicas, porque atentatórias ao contraditório em sua acepção dinâmica — e, portanto, atentatórias à própria democracia. Surpreendida a parte com um provimento alheio à dialética processual, salvaguarda-lhe, mediante os instrumentos apropriados (inclusive via *querela nullitatis*) e em clamor a seu direito de *influência* na construção da norma jurídica pacificadora, o direito de obter, perante o Judiciário, a nulidade da decisão ilegítima, em proveito de outra a ser necessariamente prolatada, e que considere, efetiva e exclusivamente, a matéria fática e jurídica objeto do debate travado no processo.³⁹

5 Casos práticos de decisões judiciais proferidas à margem do contraditório

A partir daqui o intento é situar o tema num contexto prático e, de tal modo, apontar um agir estatal ocorrente e que vai de encontro às premissas traçadas até o momento. Quer-se, destarte, indicar algumas decisões judiciais frequentemente verificadas no cotidiano forense e que, entretanto, apresentam-se em desacordo com a atual estruturação do contraditório, desajustadas à ideia de democracia e, por isso, atentatórias ao modelo democrático do processo civil brasileiro.

Questionar-se-á designadamente a legitimidade de decisões judiciais que, em atropelo ao contraditório, condenam: i) à multa por litigância de má-fé; ii) a honorários *sucumbenciais*; e iii) a juros e correção monetária. Segundo a mesma linha

construída a partir de diversos pontos de vista” (ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A legitimação das decisões judiciais no Estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/professor/professores.asp>>. Acesso em: 08 fev. 2010).

³⁹ É nessa linha o entendimento de Corrado Ferri, citado por Dierle José Coelho Nunes: (...) “o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou ambas as partes. Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão. Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante de sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício” (NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa*. In: DIDIER JR., Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172).

de raciocínio, serão examinados — e rotulados de ilegítimos — provimentos jurisdicionais: iv) elaborados com assento em tese jurídica diversa daquelas debatidas ao longo do procedimento; v) que se fundamentam em presunção judicial construída em atentado à dialética processual; vi) proferidos oficiosamente pelo juiz, mas sem a oitiva das partes; vii) que desconsideram abruptamente a personalidade das pessoas jurídicas sem patrimônio a fim de estender aos sócios a responsabilidade patrimonial por dívida contraída por aquela; e viii) que julgam embargos de declaração sem a participação do embargado.

5.1 A condenação à multa por litigância de má-fé

Segundo o Código de Processo Civil, reputa-se litigante de má-fé aquele que: i) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; ii) alterar a verdade dos fatos; iii) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; iv) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; v) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; vi) provocar incidentes manifestamente infundados; e vii) interpuser recurso com intuito protelatório (CPC, art. 17).

Verificada nos autos postura que sugere ao juiz a caracterização de hipótese justificadora da penalidade por litigância de má-fé (CPC, art. 18 — perceba isso por provocação ou oficiosamente), cumpra-lhe, antes, instaurar o contraditório e, deste modo, permitir aos interessados que se manifestem, robusteçam ou refutem os argumentos sinalizados pela autoridade jurisdicional e, caso necessário, até produzam provas. Não obstante aquilo percebido no dia a dia do foro, não lhe é permitido condenar previamente, sem assinalar sua suspeita às partes e, assim, possibilitar que elas travem debate sobre a questão, assegurando a cada qual o direito de advogarem suas posições, de reagirem e, sobretudo, de influenciarem na formação da convicção judicial.

Como esclarece Gelson Amaro de Souza, não está o juiz autorizado a aplicar multa por litigância de má-fé, ausente o respeito ao contraditório e à ampla defesa. Em se tratando de regime, que se pretende viver e conviver com um Estado de Direito, não se pode pretender condenar alguém sem que lhe seja concedida, antes, oportunidade de diálogo. Em todo procedimento, administrativo ou judicial, há de se respeitar o *devido processo legal*, algo cuja observância é hoje exigida, inclusive, em

procedimentos particulares (exemplos: expulsão de aluno de escola; exclusão de sócio de sociedade, exclusão de plano de saúde, etc.). Estar-se-á diante de um princípio universal que deve ser respeitado por todos os povos, mais precisamente por aqueles que se inserem numa democracia.⁴⁰

Num outro giro, verificam-se, com razoável frequência, condenações igualmente precipitadas, estranhas ao *due process*, endereçadas, porém, ao advogado, unicamente a ele ou em solidariedade com seu cliente. Decisões judiciais com esse conteúdo apresentam-se do mesmo modo ilegítimas, por contrariarem violentamente a Constituição e as próprias bases do regime democrático. O arbítrio é seu fundamento maior: i) primeiro, porque atentatórias a texto expresso na lei processual, que veda ao juiz a possibilidade de condenar advogados à multa pela litigância de má-fé (CPC, art. 14, parágrafo único); segundo, porque direcionadas a punir advogados em atropelo a suas prerrogativas profissionais, talhadas em razão de um comando de ordem constitucional (CF, art. 133 — *direito fundamental a um advogado*),⁴¹ e existentes para lhes permitir o exercício de seu ofício, sem receios e retaliações; ii) terceiro, porque, no mais das vezes, são provimentos fabricados ao sabor do engenho solitário do juiz, com desdém às garantias da ampla defesa e do contraditório, voltados a invadir a esfera patrimonial daqueles que sequer integram a relação jurídica

⁴⁰ SOUZA, Gelson Amaro. Litigância de má-fé e o direito de defesa. *Revista Bonijuris*, n. 550, p. 5-11, 2009.

⁴¹ Se num Estado Democrático de Direito toda a atividade estatal há de ser controlada, é nada menos que lógica a necessidade de advogados funcionando no processo judicial. E assim idealmente deve ser, ao menos segundo impõe a Constituição quando afirma que o advogado é *indispensável* à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício profissional (CF/88, art. 133). Por meio desse comando, o constituinte apenas instituiu outra importante garantia ao cidadão, especialmente ao jurisdicionado, àquele que efetivamente haverá de lidar com a autoridade judiciária. Instituiu o *direito fundamental a um advogado*. Confira-se a respeito disso a lição de Rosemiro Pereira Leal: “Assim, por imperativo constitucional, o pressuposto subjetivo de admissibilidade concernente à capacidade postulatória, para a existência legítima de processo, ação e jurisdição, não pode sofrer, no direito brasileiro, restrição, dispensabilidade, flexibilização ou adoção facultativa, porque os procedimentos jurisdicionais estão sob o regime de normas fundamentais que implicam o controle da jurisdição pelo advogado (CR/88, art. 133) e que somente se faz pela presença indeclinável do advogado na construção dos procedimentos jurisdicionais (litigiosos ou não)”. E arremata: “O que se extrai do art. 133 da CR/88 é que, muito mais que o retórico controle do judiciário, há que se restabelecer, de imediato, por consectário constitucional, com pronta revogação ou declaração de inconstitucionalidade de leis adversas, o controle da atividade jurisdicional pelo advogado” (LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria da defesa no processo civil. In: LEAL, Rosemiro Pereira. *Relativização inconstitucional da coisa julgada*: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 47-48).

processual — afinal, advogado não é parte. Condenações assim escamoteiam ideologia atentatória aos valores constitucionais, além de seu inegável caráter intimidatório, porquanto afrontosas — ainda que indiretamente — a todos aqueles que exercem a advocacia, atividade na qual a liberdade e a independência são predicados essenciais para o satisfatório desempenho na defesa dos cidadãos.⁴²

É inaceitável, em conclusão, que a autoridade jurisdicional opere de maneira açodada e forme conjecturas que levem à condenação de multa por litigância de má-fé (seja às partes, seja a seus advogados) sem a prévia instalação do debate processual,⁴³ tomando de maneira vazia uma regra como se exceção fosse,⁴⁴ num agir absolutório pautado unicamente em seu próprio e exclusivo juízo (argumento da autoridade).⁴⁵

⁴² Para um maior aprofundamento sobre o tema, verificar: DELFINO, Lúcio. Condenação de advogado a litigância de má-fé: cariz autoritário da decisão e atentado ao devido processo legal. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 251-260, 2010.

⁴³ Essa, sem dúvida, a posição também de Fredie Didier Jr., escorada em importante precedente do Superior Tribunal de Justiça: “Mais condizente com a moderna visão do princípio do contraditório está o art. 599, II, do CPC, que diz que o juiz pode, em qualquer momento do processo, advertir ao devedor que o seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça. Ora, antes de punir, adverte sobre o comportamento aparentemente temerário, para que a parte possa explicar-se. Dispositivo belíssimo, que pode ser aplicado, por analogia, na aplicação de qualquer punição processual — e ressalte-se que este artigo está no Livro II, relacionado ao Processo de Execução, em que as situações processuais das partes são significativamente distintas. Também deve ser assim na aplicação da nova multa do art. 14, par. único, CPC. Deverá o magistrado, ao expedir a ordem ou o mandado para cumprimento da diligência, providenciar advertir esses sujeitos (partes e terceiros) de que o seu comportamento recalcitrante poderá resultar na aplicação da mencionada multa. Sem essa comunicação/advertência prévia, pensamos que a multa porventura aplicada é indevida, por desrespeito ao princípio do contraditório. O responsável precisa saber das possíveis consequências de sua conduta, até mesmo para demonstrar ao magistrado as razões pelas quais não cumpriu a ordem, ou não a fez cumprir, ou até mesmo para demonstrar que a cumpriu ou não criou qualquer obstáculo para o seu cumprimento. Afinal, o contraditório se perfaz com a informação e o oferecimento de oportunidade para influenciar no conteúdo da decisão; participação e poder de influência são as palavras-chave para a compreensão desse princípio constitucional. Correta também a solução encontrada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 250.781/SP, rel. Min. José Delgado, *DJ* de 19 jun. 2000: Processual civil. Litigância de má-fé. Requisitos para sua configuração. 1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa” (DIDIER; JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 59-60).

⁴⁴ Decisões dessa natureza transformam a regra em exceção porque ignoram a conhecida advertência de Malatesta: “o ordinário se presume e o extraordinário se prova” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. *In: Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 538-539). Percebendo indícios de má-fé praticados por quaisquer das partes, é dever do juiz sinalizar sua impressão e, destarte, permitir a participação delas

5.2 A condenação por honorários de sucumbência e a incidência dos juros moratórios e correção monetária

5.2.1 Considerações iniciais

Ao juiz é defeso proferir sentença a favor do autor de natureza diversa (*extra petita*) ou a mais (*ultra petita*) daquilo que foi pedido (CPC, art. 460). Há, todavia, ressalvas a essa regra, tratadas pela doutrina sob a nomenclatura “pedidos implícitos”, que, por conseguinte, autorizam decisões judiciais que açambarquem circunstâncias não postuladas expressamente. Incluem-se neste rol excepcional: i) honorários advocatícios (CPC, art. 20); ii) despesas e custas processuais; iii) correção monetária (CC/02, art. 404); iv) prestações vincendas e inadimplidas na constância do processo em caso de contratos de trato sucessivo (CPC, art. 290; e v) juros legais/moratórios (CC/02, arts. 404 e 406).

A expressão implícito vincula-se à ausência de formulação certa e determinada na petição inicial sobre alguma pretensão específica. Ainda que não se constate às

na construção da decisão. Não se encontra autorizado a agir precipitadamente, proferindo condenação assentada unicamente em seu alvedrio, segundo uma postura altamente *solipsista* e num viés que, mesmo apegado à intenção de celeridade, não guarda relação alguma com a democracia.

⁴⁵ Tampouco está o intérprete autorizado a advogar que algumas hipóteses elencadas no art. 17 do CPC, em razão de sua “objetividade e clareza” (?), autorizariam um agir “automático” do juiz, alheio à instauração do contraditório. Tome-se como exemplo a hipótese inserta no inciso I desse dispositivo (“deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso”). Consoante anota o saudoso Ovídio Batista, supõem alguns que a “lei” tenha sempre univocidade de sentido, *o que é rigorosamente falso*. Afinal, a hermenêutica contemporânea admite que a norma legal tenha suficiente abertura semântica, capaz de admitir dois ou mais sentidos legítimos de concebê-la, o que torna, sob o ponto de vista prático, tarefa extremamente árdua o reconhecimento de que a parte esteja a postular “contra texto expresso de lei”. E mesmo nos casos em que se postula contra súmulas de jurisprudência dominante, a caracterização de litigância de má-fé só é aceitável quando a parte não tenha relevantes argumentos jurídicos, capazes de provocar a mudança ou revogação do posicionamento pacificado. Também, como exemplo, atente-se para a hipótese do inciso II (“alterar a verdade dos fatos”). Indaga Ovídio Batista: “Em que hipóteses se diria que a parte alterou a ‘verdade’ dos fatos?” E apresenta as possíveis respostas, sublinhando a dificuldade de aplicação da regra e a prudência que deve nortear o magistrado: “Quando a sentença proclamasse que o fato afirmado como existente não existe? Ou quando, negada a existência de algum fato, venha a sentença a tê-lo como existente? Fato verdadeiro é aquele comprovado nos autos? A parte que alegue fato cuja prova não lhe foi possível fazer responderá como litigante de má-fé?” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 112-113). Essas ilustrações realçam que o contraditório aqui não é meramente simbólico ou inútil. Bem ao contrário, é de sua instauração, da influência advinda dele, que terá o juiz condições seguras de determinar a caracterização ou não da litigância de má-fé.

vezes expressão formal e manifestamente postulada acerca das hipóteses elencadas no parágrafo anterior, no caso de julgamento de procedência (e na maioria das hipóteses também no de improcedência), deverá o juiz sempre considerá-las, porque sua certeza e determinação decorrem da própria lei processual. Não há, enfim, surpresa às partes quanto a sua análise,⁴⁶ pois a autorização para que o órgão jurisdicional examine tais postulações (omissas na petição inicial) encontram-se explicitadas no Código de Processo Civil. Portanto, e sob a ótica da legislação processual, são também pedidos certos e determinados, sem embargo de sua falta na peça de ingresso.

Não é lícito ao intérprete, entretanto, confundir “pedido implícito” e “permissão para ignorar o contraditório”. Vale dizer: não é porque o juiz deve decidir sobre algumas matérias alheias àquilo que foi expressamente pedido pelo autor, que estaria da mesma forma legitimado a desprezar nessas hipóteses o contraditório. Basta lembrar que a Constituição não faz concessões no que se refere aos direitos fundamentais processuais — embora tais concessões possam ocorrer no caso concreto e segundo a aplicação escoreta do *postulado da proporcionalidade* — e afirma com todas as letras que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF/88, art. 5º, LIV). Tampouco tergiversa quando estabelece que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CF/88, art. 5º, LV). Mediante tais comandos, pretendeu-se, como já anunciado anteriormente, destacar o descompasso entre Estado Democrático de Direito e decisões estatais (administrativas ou jurisdicionais) proferidas à margem de um procedimento atento aos direitos fundamentais processuais.

Como subterfúgio, talvez se intente rotular o contraditório de “inútil” nesses casos, até como forma de provar sua desnecessidade. Por se tratar de princípio que se volta à proteção das partes, não seria mesmo racional que seu desrespeito acarretasse a nulidade dos atos (ou ainda de todo o processo) se ausente prejuízo à parte que seria protegida por sua observação.⁴⁷ Todavia, naquilo que diz respeito ao julgamento de

⁴⁶ As partes, portanto, frente à previsão legal, sabem de antemão que a autoridade judicial irá examinar os chamados “pedidos implícitos”. Não há surpresa com relação a esse exame. Poderão surpreender-se, todavia, naquilo que diz respeito ao *conteúdo* da decisão judicial. A lei processual autoriza o exame de algumas pretensões, ainda que ausente formulação expressa quanto a elas (“pedidos implícitos”), não significando isso, contudo, autorização para fazê-lo em desatenção ao contraditório.

⁴⁷ NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 58-59. Confirma-se a acertada lição do festejado processualista acerca do

alguns “pedidos implícitos”, não há como sustentar a inutilidade do contraditório, e assim tanto pela ótica do demandante — que se beneficiou, pois obteve mais do que formalmente pediu — como pela do demandado.

5.2.2 Os honorários sucumbenciais

Enfrente-se, num primeiro momento, a questão referente aos honorários advocatícios (CPC, art. 20).

Perceba-se que tal verba pertence, por força legal, ao advogado, a quem cabe, inclusive, executá-la sozinho sempre que incluída na condenação, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor (art. 23, Lei nº 8.906/94).

Evidentemente que advogado não é parte no processo em que atua profissionalmente, em defesa dos interesses daquele que o contratou. Manifesta-se, de regra, em nome de seu constituinte, representando-o em todas as fases procedimentais pelas quais perpassa a atividade jurisdicional. Contudo, naquilo que diz respeito

“contraditório inútil”: “O contraditório é moldado essencialmente para a proteção das partes durante a demanda judicial, não tendo nenhum sentido que o seu desrespeito, se não gerar prejuízo à parte que seria protegida pela sua observação, gere nulidade de atos e até mesmo do processo como um todo. Qual o sentido, à luz da efetividade da tutela jurisdicional, em anular um processo porque neste houve ofensa ao contraditório em desfavor do vitorioso? O autor não foi intimado da juntada pela parte contrária de um documento e a seu respeito não se manifestou. Houve ofensa ao contraditório, não há dúvida, mas relevável se o autor ainda assim sagrou-se vitorioso na demanda. A citação ocorreu em homônimo do réu, vício gravíssimo — chamado por alguns de transrescisório pela possibilidade de alegação a qualquer momento, até mesmo depois do prazo da ação rescisória — que impede a regular formação da relação jurídica processual. Ocorre, entretanto, que o pedido do autor foi rejeitado, ou seja, o réu, mesmo sem ter sido citado, sagrou-se vitorioso na demanda. Que sentido teria anulá-la por ofensa ao contraditório? A resposta é óbvia: nenhum. Os exemplos trazidos têm como objetivo demonstrar que no caso concreto a ofensa ao princípio do contraditório não gera nulidade em toda e qualquer situação, não representando uma diminuição do princípio a sua aplicação à luz de outros princípios e valores buscados pelo processo moderno. O afastamento pontual do contraditório, nos termos expostos, é não só admitido, como também recomendável. Por outro lado, também se admite que o próprio procedimento, de forma ampla e genérica, afaste em algumas situações o contraditório, evitando-se o chamado ‘contraditório inútil’. A sentença proferida *inaudita altera parte* que julga o mérito em favor do réu (arts. 285-A e 295, IV, do CPC) que nem foi citado certamente não se amolda ao conceito de contraditório, porque nesse caso o réu não é sequer informado da existência da demanda. Mas realmente se pode falar em ofensa ao princípio do contraditório? Exatamente qual seria a função de citar o réu e dele permitir uma reação se o juiz já tem condições de dar a vitória definitiva da demanda (sentença de mérito) a seu favor? Evidentemente, nenhuma digna de nota, não se podendo antever qualquer agressão ao ideal do princípio do contraditório nessas circunstâncias” (NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 59).

especificamente aos honorários *sucumbenciais* que serão arbitrados em sentença, os advogados de ambos os lados atuam na qualidade de genuínas partes (ativas), cada qual defendendo seus interesses e almejando importância monetária que se ajuste a suas expectativas. Considerando que os causídicos operam num determinado momento do processo atendendo interesses exclusivamente deles próprios, parece natural a conclusão de que cumpre à autoridade julgadora, atenta ao *devido processo legal*, permitir-lhes o exercício do seu direito de participação e influência na construção desse capítulo (condenatório) do provimento jurisdicional.

As partes em especial, sobretudo porque a condenação a elas será dirigida, detêm naturalmente a garantia de refutar argumentos e de produzir provas e contraprovas, até como meio de evitar a fixação de honorários que, em sua ótica, se apresentariam excessivos. Não há como se aceitar num regime democrático, demarcado pelo *due process* e por todos os *direitos fundamentais processuais* que lhe conferem identidade, condenação proferida em desprezo à ampla defesa, sem que se permita ao sucumbente a oportunidade de manifestar-se previamente. Pensar de outro modo é ferir mortalmente o art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.⁴⁸

E não há aí a defesa de um contraditório inútil. Basta verificar que a legislação processual não deixa ao exclusivo talante do juiz a fixação dos honorários. Muito pelo contrário, abaliza *critérios gerais* ao afirmar que os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: i) o grau de zelo do profissional; ii) o lugar de prestação do serviço; iii) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço (CPC, art. 20, §3º, “a”, “b” e “c”). Também há *critérios específicos*, previstos para utilização nas causas “de pequeno valor” e “de valor inestimável”, nas em que “não houver condenação” ou “for vencida a Fazenda Pública”, além das “execuções, embargadas ou não”: nesses casos, estabelece o

⁴⁸ Embora tratando do tema genericamente, a lição adiante, da lavra do ilustre processualista baiano, Fredie Didier Jr., ajusta-se perfeitamente àquilo que ora se defende: “Como poderia o magistrado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição; por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplicação da sanção? Seria punir sem ouvir; seria condenar sem dar a chance de defesa. Não é possível a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o ‘possível punido’ manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 59).

legislador que os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz,⁴⁹ atendidos os critérios já apontados e constantes do art. 20, §3º, “a”, “b” e “c” do Código de Processo Civil (CPC, art. 20, §4º).

Se porventura o debate, momentos antes da prolação da sentença, não se aperfeiçoou a ponto de abarcar discussão de todos esses critérios — o que quase sempre ocorre —, manda um processo justo e equo que se instaure breve incidente processual a permitir sua realização. Antes disso, no entanto, poderá a autoridade julgadora — e é salutar que assim o faça — incitar advogados e partes a travarem o diálogo, concretizando não só o contraditório, senão ainda o direito fundamental à duração razoável do processo. É concebível, inclusive, que surja a necessidade de produção de provas a fim de se evidenciar, por exemplo, o “grau de zelo profissional”, a “natureza e importância da causa”, o “trabalho realizado pelo advogado” e “o tempo exigido para seu serviço”, situações não verificáveis apenas *endoprocessualmente* e com amparo na mera percepção do juiz, mas que podem ser objeto de reforço no campo extraprocessual.⁵⁰

⁴⁹ Não só esse dispositivo autoriza o juiz a julgar “equitativamente” (CPC, art. 20, §4º). Também assim o art. 127 do CPC, sugerindo a possibilidade de julgamento “por equidade” naqueles casos previstos em lei. Apesar da literalidade dos dispositivos, seria equivocado crer que o juiz possa desprezar a lei e julgar “por equidade”. Enfim, se interpretados gramaticalmente, ambos os dispositivos são de duvidosa constitucionalidade. Ao instituir os arts. 127 e 20, §4º do Código de Processo Civil, o legislador não vinculou a equidade à interpretação jurídica, senão como substituta da lei. Nessa ótica, a equidade seria uma válvula de escape, algo previsto pelo legislador como possível, conquanto não taxativamente positivado. Decidir por equidade — ainda segundo essa ótica — é pautar-se em critérios não contidos em lei alguma, é permitir ao juiz remontar ao valor do justo e à realidade econômica, política, social ou familiar em que se insere a situação concreta sob análise, para daí retirar os critérios com base nos quais julgará (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 331-332). A técnica de decisão via equidade não se harmoniza com os ideais alimentados pelo Estado Democrático de Direito. Não há como — acredita-se — advogar a constitucionalidade desses dispositivos, segundo um parâmetro meramente literal. Num Estado Democrático de Direito não há julgamento “por equidade”, isto é, não se admite ao juiz afastar, por critérios próprios, a aplicação do direito objetivo — há, sim e sempre, julgamento *pautado* na equidade. À atividade jurisdicional não é dado parir *decisionismos* tão extremados, em desrespeito absoluto ao *princípio da reserva legal*. Melhor mesmo é forçar a exegese e afirmar que não há decisão jurisdicional que se arrede da equidade. A lei deve ser interpretada *com* equidade — a equidade não é fim, mas meio para se atingir uma adequada interpretação jurídica. A interpretação da lei realizada numa dimensão constitucional, que considere os valores exalados pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais, pauta-se seguramente em critérios de equidade; a decisão judicial daí oriunda conquistará um núcleo de justiça e de legitimidade, uma vez que tonificada pelos ideais almejados pelo paradigma do Estado Democrático de Direito.

⁵⁰ Voltando os olhos para o cotidiano forense, ao advogado mais atento é aconselhável que aproveite o ensejo da *audiência de instrução e julgamento* para produzir prova testemunhal

Absolutamente ilegítimas, portanto, decisões condenatórias a honorários *sucumbenciais* produzidas em desrespeito à participação. E a frequência com a qual se constata essa realidade não serve, como é óbvio, para justificá-la. O que se vê aí, na verdade, é um atentado ao que impõe a Constituição, sobretudo ao contraditório e à ampla defesa.

5.2.3 Os juros e a correção monetária

O ordenamento jurídico estabelece regras diversas acerca do marco inicial no qual incidem juros de mora e correção monetária, a depender das particularidades dos casos em julgamento. Não bastassem as interpretações conferidas a essas regras são, vez ou outra, variantes e assim acarretam imprecisões e inseguranças.

Enfrentem-se inicialmente os juros moratórios, que são aqueles, convencionais ou legais, que decorrem do descumprimento das obrigações e, mais frequentemente, do retardamento na restituição do capital ou do pagamento em dinheiro ou ainda do pagamento em outro lugar e por outra forma que não os convencionados.⁵¹ Derivam, portanto, da mora, vale dizer, da imperfeição no cumprimento da obrigação, sobretudo quanto ao tempo, sem descartar o lugar e a forma convencionados, independentemente da prova do dano.⁵² Sua finalidade, enfim, é a de remunerar o

e ali, por exemplo, demonstre seu “grau de zelo profissional”, as minúcias do “trabalho realizado” e o “tempo gasto para o serviço”. Não há porque se pensar que essas provas devem ser exclusivamente extraídas dos registros contidos no caderno processual, como se a frieza das peças anexadas fosse suficiente para retratar a inteireza do trabalho realizado pelo advogado. Pense-se, para ilustrar: i) nos casos mais complexos, que exigem do advogado inúmeras reuniões em seu escritório e até na residência ou no local de trabalho do cliente; ii) nos telefonemas (às vezes longos e extenuantes) que o advogado faz para o cliente e que dele também recebe; iii) nas investigações *in loco* que, não raramente, exigem do causídico empenho pessoal, até para averiguar as particularidades do caso e, deste modo, retratá-lo mais ajustadamente nas peças processuais que lhe caberá elaborar (casos de reintegração de posse, usucapião, acidentes de veículos, entre outros tantos); iv) nos feitos que exigem do advogado tempo extra, dispensado a profissionais de outras áreas (médicos, dentistas, contadores, engenheiros), que o municiarão de informações indispensáveis ao patrocínio da causa que lhe fora confiada (ações de responsabilidade civil envolvendo erro médico e desabamentos de edifícios, prestações de contas). Todos esses elementos não se encontram historiados nos autos processuais, pois sobrevêm extraprocessualmente e, só por isso, dependem de produção probatória.

⁵¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 96.

⁵² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 96. Mostra o mesmo autor que, de acordo com o art. 1.062 do Código Civil de 1916, ‘a taxa dos juros moratórios, quando não convencionada (art. 1.262), será de 6% ao ano’. No Código Civil de 2002, por sua vez, a taxa de juros legais moratórios é estipulada de acordo com a taxa ‘que estiver em vigor para a mora do pagamento de

retardo no pagamento de uma dívida; o prejuízo — leciona Carvalho Santos — é pressuposto pela lei, como resultado da demora culposa do devedor em cumprir sua obrigação, conservando em seu poder a prestação.⁵³

Especificamente os juros legais moratórios (espécie de juros moratórios) assim são denominados por serem devidos, mesmo ante a ausência de estipulação pelas partes na constituição da obrigação, com aplicação da taxa determinada por lei.⁵⁴ Além da regra geral (CC/02, art. 406),⁵⁵ há muitos outros exemplos de juros moratórios legais, devidos independentemente da vontade das partes, em razão da lei: i) juros em razão da prestação de contas sobre o saldo do tutor ou do tutelado (CC/02, art. 1.762); ii) juros em consequência do pagamento de perdas e danos nas obrigações em dinheiro (CC/02, art. 404); iii) juros devidos pelo mandatário ao mandante em virtude do emprego, em proveito próprio, de valores que lhe foram entregues para fazer frente às despesas com o desempenho do mandato, desde o momento em que se apropriou dos valores (CC/02, art. 670); iv) juros devidos pelo segurado em razão de atraso no pagamento de prêmio de seguro (CC/02, art. 772); v) juros devidos pelo afiançado ao fiador que paga a dívida, não havendo juros convencionais na obrigação principal, devidos em razão da sub-rogação legal (CC/02, arts. 831 e 833); vi) juros devidos pelo delinquente em razão da reparação e do ressarcimento dos danos (CC/16, art. 1.544, sem paralelo no Código Civil de 2002); vii) juros devidos ao consumidor cobrados indevidamente, calculados em razão do valor da repetição do indébito (CDC, art. 42).⁵⁶

No que se refere à correção monetária — disciplinada pela Lei nº 6.899/81 —, traduz-se num ajuste periódico de valores financeiros destinado a manter o poder aquisitivo da moeda vigente no País, atenuando-se os efeitos de sua desvalorização. Na seara jurisdicional, é elemento indispensável a ser sempre considerado na prolação

impostos devidos à Fazenda Nacional’, ou seja, 1% ao mês, nos termos dos art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional. Convencionada, ademais, a taxa de juros moratórios não pode ultrapassar os limites legais impostos por lei, que, como visto, atualmente é de 1% ao mês (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 96-97).

⁵³ *Idem*. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 96.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 96.

⁵⁵ “Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

⁵⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 107.

de sentenças condenatórias, ainda que inexistente pedido expresso na petição inicial, consoante afirmado noutra parte (CPC, art. 293). Por meio dela compensa-se eventual desvalorização referente à importância monetária atribuída a título de condenação, mantém-se o poder aquisitivo do dinheiro desvalorizado, imperativo de ordem ética e jurídica que assegura a obtenção integral e real da reparação, e isso sem privilegiar ou punir quaisquer das partes envolvidas.⁵⁷

Também são variantes as hipóteses legais acerca de sua incidência, servindo de exemplo a aplicação da correção monetária em decorrência de: i) inexecução contratual (CC/02, arts. 389 e 395); ii) débitos oriundos de decisão judicial (Lei nº 6.899/81, art. 1º); iii) títulos de crédito; e iv) ato ilícito (CC/02, art. 398).

A matéria relativa aos juros moratórios e à correção monetária é intrincada e, pela dificuldade que às vezes seu enfrentamento acarreta, constatam-se no cotidiano decisões nem sempre harmonizadas a sua disciplina legal.⁵⁸ Verifica-se daí

⁵⁷ WALD, Arnaldo. Correção monetária de condenação judicial em ação de responsabilidade civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 104, n. 26, p. 133-149, out./dez. 2001.

⁵⁸ Confira-se a lição de Leone Trida Sene que bem elucida divergências sobre o tema em uma de suas especificidades (incidência de juros moratórios e correção monetária em contrato de seguro de vida): “Segundo o estatuído no art. 397 do CC, ‘o inadimplemento de obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor’. No caso do contrato de seguro, como inexistente um termo previamente fixado para o cumprimento da obrigação, posto que o mesmo depende de fato futuro e incerto, adota-se a regra do parágrafo único desse mesmo artigo, isto é, ‘não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial’. Judicialmente, é a citação que tem o condão de colocar em mora o segurador, contando, pois, os juros a partir da mesma (CC, art. 405). Extrajudicialmente, configurar-se-á a mora, com a notificação do segurador. Trata-se da denominada *mora ex persona*. Por óbvio, então, somente diante do caso concreto é que será possível definir o termo inicial da contagem dos juros. Consideremos, pois, três hipóteses: 1ª: Sem ter comunicado o sinistro à seguradora, o segurado/beneficiário propõe ação judicial de cobrança. Neste caso, a seguradora somente foi cientificada de seu dever de cumprir o contratado, isto é, somente foi constituída em mora por oportunidade da citação. 2ª: Com o advento do sinistro, o segurado/beneficiário faz a devida comunicação do mesmo. Dentro do prazo contratual, em regra 30 dias, a seguradora decide negar o pagamento. Proposta a ação de cobrança, o termo inicial da contagem do prazo será a data da negativa da seguradora, pois, com a comunicação do sinistro nasceu a obrigação de adimplir o seguro dentro do prazo previsto em contrato ou regulamento da Susep. Assim, com a resposta negativa da seguradora, esta fica constituída em mora. 3ª: Com o advento do sinistro, o segurado/beneficiário faz a devida comunicação do mesmo. Depois do prazo previsto em contrato para o cumprimento de sua obrigação, a seguradora nega o pagamento da indenização/capital segurado. Neste caso, como a seguradora ultrapassou o prazo que dispunha para fazer o pagamento, o termo *a quo* para a contagem dos juros, em caso de ação julgada procedente, será a data limite que tinha a seguradora para adimplir o contrato. Em suma, há que se perquirir no caso concreto quando o segurador foi constituído em mora” (SENE, Leone Trida. *Seguro de pessoas: negativas de pagamento das seguradoras*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 232-233). Também Luiz Antonio Scavone Junior fornece exemplo que acarreta divergências na doutrina e

intensificado risco de o juiz não revelar adequadamente a norma jurídica que se amolde às singularidades do caso em julgamento, talvez pela adoção de exegese inoportuna, construída ao arrepio do contraditório e, quem sabe por isso, à margem de algumas nuances ali envolvidas.

Não obstante a ilegitimidade de decisões que surpreendam as partes, pois apoiadas em ponto fundamental, numa visão jurídica da qual não se tenham apercebido,⁵⁹ o tema insere no âmbito daqueles aos quais faz referência Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em que a colaboração das partes com a autoridade jurisdicional encontra sua razão num plano mais amplo, porque não importa apenas a investigação da norma aplicável ao caso concreto, mas igualmente estabelecer seu conteúdo e alcance, evitando surpresas e consequências negativas daí decorrentes, além de viabilizar o exercício do direito de defesa e a tutela de outros valores, como a concentração e celeridade do processo e a qualidade do pronunciamento judicial.⁶⁰

Ausente discussão travada sobre o termo de incidência dos juros e da correção monetária no palco processual — ou se ela apresentar-se insuficiente ao amadurecimento da convicção judicial —, inadequado ao juiz proferir de imediato a sentença, escorado num “modelo-padrão” antidemocrático, oriundo da prática fria do foro. O contraditório aqui não é infecundo⁶¹ e, por isso, deve, sim, ser instigado,

jurisprudência. Aduz que, tratando-se de dívida positiva, mas ilíquida, grassa desarmonia entre os doutrinadores acerca do início da contagem dos juros moratórios, tendo em vista a redação do art. 407, ante o que dispõe o art. 405, ambos do Código Civil de 2002. Advogando a caracterização de antinomia entre os dois dispositivos, uns defendem a preponderância do art. 407 do CC/02, de maneira que os juros moratórios seriam devidos depois da sentença. Outros, pontuando a inexistência de antinomia, ressaltam que o termo “desde que”, que constava do antigo art. 1.064 do Código Civil tinha o significado de “uma vez que”, tratando-se de condição para a contagem dos juros moratórios desde a citação inicial (a expressão “uma vez que” é hoje utilizada na redação do art. 407 do CC/02, correspondente do antigo art. 1.064 do CC/16). Para Scavone Junior, a segunda posição é a ideal, vale dizer, os juros moratórios, nas obrigações ilíquidas, serão, em regra, devidos desde que o valor equivalente do objeto da prestação seja fixado por sentença, acordo entre as partes ou arbitramento, contados a partir da citação inicial (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Juros no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 111).

⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <www.abcp.org.br>. Acesso em: 1º abr. 2011.

⁶⁰ *Idem*. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <www.abcp.org.br>. Acesso em: 1º abr. 2011.

⁶¹ A utilidade do contraditório é verificada no cotidiano forense, sobretudo em recursos de apelação que são providos justamente no que se refere às matérias atinentes ao marco inicial de incidência de juros e correção monetária — algo, aliás, bastante ocorrente também em matéria atinente ao arbitramento de honorários sucumbenciais (tópico anterior). Há, aliás, muitos recursos que abrangem exclusivamente essas questões que, não raro, sequer foram debatidas em primeiro grau de jurisdição, sendo o contraditório sobre

permitindo-se a participação ativa e efetiva das partes e, por resultado, a elaboração de uma decisão que não as surpreenda, que seja por elas influenciada, amadurecida e amoldada às idiossincrasias do feito, afinada, sobretudo aos ideais democráticos.

5.3 Decisões judiciais elaboradas com assento em tese jurídica diversa daquelas debatidas ao longo do procedimento

Caso grave de lesão ao contraditório ocorre quando o juiz conhece de controvérsia não suscitada na petição inicial — e, portanto, não impugnada pelo demandado —, decidindo a lide segundo molde jurídico (enquadramento jurídico) diverso do que foi proposta. Assim agindo, ulcera também de morte o denominado princípio da congruência, que vincula a decisão judicial à causa de pedir e ao pedido.

Sob essa perspectiva, merecem revisão os brocardos *da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*. Atualmente não há como aceitar que a colaboração das partes se restrinja ao material fático; deve igualmente ser observada no que concerne às matérias jurídicas.⁶² A decisão não pode, pois, surpreender as partes, nem faticamente,

elas instaurado somente em grau superior. Se inútil fosse o contraditório, razão não haveria para se instaurar debates nos tribunais, mediante expedientes recursais não raramente providos. Exemplo disso é o seguinte julgado, da lavra do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Ação monitória. Nota promissória. Inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido. Não configuração. Correção monetária e juros moratórios. Termo inicial. Vencimento da dívida. Considera-se a petição inicial inepta quando contiver qualquer dos vícios mencionados no parágrafo único do art. 295 do CPC, que, em síntese, podem ser considerados como obstáculos, existentes na causa de pedir ou no pedido, à defesa do réu ou à prestação jurisdicional. A impossibilidade jurídica do pedido deve ser entendida como a existência, no ordenamento jurídico pátrio, de vedação a que se deduza determinada pretensão em juízo. Em ação monitória, a data de vencimento da cambial prescrita deve ser considerada o termo inicial da correção monetária, de modo a assegurar a ampla recomposição do valor da moeda. Tendo os embargos monitórios natureza jurídica de defesa, subsiste a distribuição do ônus probatório prevista no art. 333 do CPC, razão pela qual cabe ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0701.07.192132-7/002(1), Relator Elpídio Donizetti, julgado em 27.01.2009. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>).

⁶² Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, “o conteúdo mínimo do direito fundamental do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los (conceito tradicional), mas se estende a todo o material de interesse jurídico para a decisão, tanto jurídico (debate com as partes de todo material jurídico relevante para a decisão) quanto fático (requerimento de provas, indicação dos meios de prova, participação na produção da prova, manifestação sobre a prova produzida), tanto de natureza processual como material” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1, p. 37).

nem juridicamente.⁶³ Vale dizer, a construção do provimento jurisdicional há de ser, insista-se nisso, fruto da cooperação a envolver juiz e partes, e a considerar matérias fáticas e jurídicas.⁶⁴

⁶³ A inserção — leciona Dierle José Coelho Nunes — de qualquer entendimento jurídico, a exemplo da aplicação de súmulas da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, como fundamento da sentença, aplicada oficiosamente pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar decisões-surpresas, cuja nulidade é medida que se impõe justamente pela lesão que acarretam ao contraditório (NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172).

⁶⁴ Cite-se, uma vez mais, a preciosa doutrina de Fredie Didier Jr.: “Há um velho brocardo: *iura novit curia* (do Direito cuida o juiz). Há outro: *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito). São dois axiomas que devem ser repensados. Primeiro, sabe-se que não é sempre que o juiz conhece o Direito. Às vezes, o juiz não sabe do que se trata a causa, não tem idéia do que se trata (pode ser uma causa que verse sobre direito estrangeiro, por exemplo). Mas ele também não precisa saber, a princípio. Ele ouvirá o que uma vai dizer, ouvirá o que a outra disser e, pela (*juris*) prudência, decide. Nenhum juiz é obrigado a saber todo o Direito. *Da mihi factum dabo tibi ius* é expressão que me remete a uma imagem, assim, se me permitem, não muito aprazível. Porque, vejam, não sei se tem uma máquina de Coca-Cola, em que se diz: ‘Joga uma moeda e aperta o botão escolhido’. *Da mihi factum* é o jogar a moeda; *dabo tibi ius* é a entrega do refrigerante, sai o ‘direito escolhido’. Não é assim. O processo de constituição de direito é muito mais complexo. Não se opera de forma tão simples. Pode o magistrado decidir com base em um argumento, uma questão jurídica não posta pelas partes no processo? Percebam: o magistrado, por exemplo, verifica que a lei é inconstitucional. Ninguém alegou que a lei é inconstitucional. O autor pediu com base na lei tal, a outra parte disse que não se aplicava a lei. E o juiz entende de outra forma, ainda não aventada pelas partes: “Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda. Ele pode fazer isso? Claro. O juiz pode aplicar o Direito, trazer, aportar ao processo questões jurídicas. Pode? Pode. Mas pode sem ouvir, antes, as partes? Não. Não pode. O juiz teria, nestas circunstâncias, já que ele trará ao processo fundamento jurídico que não está nos autos, intimar as partes para manifestar-se a respeito. Ele teria que dizer: ‘Intimem-se as partes para se manifestar sobre a constitucionalidade da lei tal’. Tem que fazer isso. Aí pode alguém vir dizer: Está prejulgando? Não, não está prejulgando — até porque pode estar em dúvida sobre o tema, que lhe veio à cabeça quando estava a preparar a sua decisão. Se ele fizer isso, estará sendo leal com as partes. Por que? Porque não pegará as partes de surpresa. Porque, se ele não fizer isso, ele vai reconhecer a inconstitucionalidade na sentença, sem ter dado ao autor a chance de poder tê-lo convencido do contrário: não teve a chance de mostrar ao magistrado que aquela lei era constitucional. E, agora, só com a apelação. Como é que se pode restringir o contraditório ao julgamento do recurso? O recurso confere a oportunidade de nova discussão; e não a primeira discussão. Recurso é para restabelecer o curso e não começar um novo curso, a partir dali, para discutir a questão só agora, no Tribunal. Vamos agravar a situação. Imagine o Tribunal de Justiça decidindo com base em questão jurídica não colocada pelas partes, sem a sua prévia manifestação: só lhes restarão os recursos extraordinário, com todas as dificuldades a eles inerentes. A possibilidade de acontecer isso em tribunal é muito grande, notadamente em razão da praxe forense denominada ‘entrega de memoriais’. Quantas e quantas vezes, os advogados nos memoriais, dão uma ajeitada no processo, uma corrigida, acrescentando um argumento novo, que não estará nos autos porque os memoriais foram entregues em gabinete do magistrado. Parece-me, então, que o magistrado deve determinar a juntada dos

Nesse sentido, a lição de Junior Alexandre Moreira Pinto:

O secular adágio *iura novit curia* também merece interpretação à luz do contraditório. A possibilidade do julgador aplicar a regra jurídica conforme seu próprio conhecimento não lhe garante o livre domínio da qualificação jurídica dos fatos discutidos na demanda. Mesmo porque a lei processual exige do autor não somente a exposição dos fatos, mas também o enquadramento jurídico, sua qualificação no plano do direito. O que, contudo, autorizaria o juiz a considerar uma *causa de pedir próxima* diversa da exposta na inicial, quando da decisão, não seria a regra *iura novit curia*, e sim o prévio e efetivo debate entre as partes dessa nova causa.⁶⁵

Por isso, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira denuncia que a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada (*iura novit curia*), não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem impressos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório. A hipótese não se exhibe rara — continua o mestre — porque frequentes os empecilhos enfrentados pelo operador do direito, nem sempre de fácil solução, dificuldade geralmente agravada pela posição necessariamente *parcializada* do litigante, a contribuir para empecer visão clara a respeito dos rumos futuros do processo. Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, conectando-se intimamente com o próprio interesse público, pois qualquer surpresa ou acontecimento inesperado só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial — conclui — torna-se, no fundo, e dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, e, deste modo, impede que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumentos de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.⁶⁶

memoriais ao processo, com a subsequente intimação da parte contrária para manifestar-se a respeito” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 62-63).

⁶⁵ PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 168-169. (Temas atuais de direito processual civil, v. 12).

⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <www.abcp.org.br>. Acesso em: 1º abr. 2011. Noutro trecho de seu ensaio, esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: (...) “nada obstante a liberdade desfrutada pelo órgão judicial nessa matéria [conhecimento e investigação oficiosa do direito], podem e devem as partes aportar a sua cooperação também quanto à valorização jurídica da realidade externa ao processo, investigação que hoje de modo nenhum pode constituir labuta exclusiva do órgão judicial. Entendimento contrário significaria transformar o juiz numa máquina, pois, como já se ressaltou com agudeza, dentro de uma concepção puramente silogística, diria às

Portanto, provimentos jurisdicionais que seguem esse rumo não apenas lesam os arts. 128, 460 e 515 do Código de Processo Civil, mas igualmente atingem diretamente o contraditório, sobretudo por surpreenderem as partes.⁶⁷ De modo que se o juiz, quando de seu pronunciamento judicial, perceber a necessidade de elaborá-la segundo ponto de vista alheio à dialética processual, cumpre-lhe, antes, intimar as partes e conferir-lhes oportunidade de manifestação e de influência na construção da decisão — basicamente este o sentido que se extrai da Ordenança Processual Civil (ZPO) alemã e do *Nouveau Code de Procédure Civile* da França.⁶⁸

partes ‘date mihi factum’ e às leis ‘date mihi jus’ e, recebidos tais elementos, emitiria a decisão com mecânica indiferença, como um aparelho emissor de bilhetes a toda introdução de duas moedas” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *A garantia do contraditório*. Disponível em: <www.abcp.org.br>. Acesso em: 1º abr. 2011). Assim também o pensamento firme de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias: “No Brasil, ao contrário, a apelidada decisão-surpresa, fruto do mero convencimento solitário do juiz, sem debate prévio com as partes, é moda forense. Vamos exemplificar com uma situação corriqueira nos pretórios, hauridas das regras de experiência comum, ou seja, fundadas nas nossas observações profissionais sobre o que normalmente acontece na prática do foro, na qual surge em algumas oportunidades grosseira supressão da garantia constitucional do contraditório às partes. Considere-se que o autor ajuíze ação, dando início ao processo, sustentando, na petição inicial, como fundamento jurídico de seu pedido, incidência das normas do Código Civil de 1916. O réu, por sua vez, na contestação, resiste à pretensão e, como fundamento de defesa, embora reconhecendo os fatos narrados pelo autor, a eles oponha outras consequências jurídicas, postulando incidência das regras do Código Civil de 2002. Na fase decisória, conclusos os autos, após as partes apresentarem suas razões finais, entende o juiz-diretor do processo que o caso concreto, ao contrário das teses jurídicas alinhadas pelo autor e pelo réu, receberá solução adequada pela aplicação das normas do Código de Defesa e de Proteção ao Consumidor. Pois bem, aqui no Brasil, na prática do foro, é o que observamos em nossa atividade profissional: o juiz lavrará sentença-surpresa, apoiada nas normas do Código de Defesa e de Proteção ao Consumidor, sem permitir às partes possibilidade de prévia manifestação a respeito. É o que acontece na maioria das vezes. Evidentemente, em tal situação, estará sendo violado o contraditório, em concepção científica atualizada, pois as partes destinatárias da sentença, que suportarão seus efeitos, não tiveram a possibilidade de influir no convencimento do juiz, quanto às normas de direito por ele consideradas adequadas à solução decisória do caso reconstruído no processo” (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 98).

⁶⁷ Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou inúmeras vezes, embora segundo análise particularizada ao princípio da congruência (conferir: REsp nº 1.169.755, REsp nº 623.704, RMS nº 18.655, REsp 746.622, REsp nº 380.143).

⁶⁸ Sobre o conteúdo do contraditório nas legislações francesa e alemã, Dierle José Coelho Nunes: “Na França, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a manifestar as suas observações. Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda. Na Alemanha, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do art. 103, §1º, da Lei fundamental da República Federal da Alemanha como ‘direito de ser ouvido pelo juiz’

5.4 Decisões judiciais fundadas em presunção judicial construída em atentado à dialética processual

Em elucidativo artigo científico,⁶⁹ Henrique Yukio propõe-se a uma análise crítica do art. 335 do Código de Processo Civil, na intenção de demonstrar sua inconstitucionalidade, caso não se lhe atribua leitura à luz “de um direito aberto à participação plural, de caráter procedimental e que demanda a observância de direitos fundamentais”.⁷⁰

É que o aludido dispositivo, na falta de normas jurídicas particulares, permite ao juiz valer-se das chamadas “regras de experiência comum”, subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, e ainda das “regras de experiência técnica”, ressalvado, neste último caso, o exame pericial.⁷¹ A aversão externada pelo processualista assenta-se no fato de que tal autorização legal violaria frontalmente o devido processo legal, sobretudo considerando que, no paradigma constitucional contemporâneo, os cidadãos prescindem de tradutores, intérpretes ou intermediadores,

(*Rechliches Gehör*) possui um alcance similar ao francês face à interpretação do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), não só operando seus efeitos no confronto entre as partes, mas sim convertendo-se também num dever para o magistrado, de modo que se atribui às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder *influir* sobre o resultado dos provimentos. Ao magistrado é imposto o dever de provocar o debate preventivo, com as partes, sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos provimentos” (NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 151-172).

⁶⁹ SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 107-126, 2010.

⁷⁰ SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 124, 2010.

⁷¹ Sobre o conceito e função das “regras de experiência”, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “O juiz, para formar o seu raciocínio sobre o litígio, vale-se de regras de experiência, ditas comuns e técnicas. Essas regras têm o objetivo de permitir, entre outras coisas, a análise da relação entre o indício e o fato essencial. As regras de experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter por base em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas. Enquanto isso, as regras de experiência técnica derivam do pensamento técnico-científico sobre uma determinada situação. Como as regras de experiência comum podem se fundar em leis científicas e as regras de experiência técnica delas derivam, alguma confusão pode ocorrer. Mas essa confusão é facilmente eliminada quando se constata que a regra de experiência técnica é ancorada diretamente no pensamento científico (ou em uma lei científica), enquanto a regra de experiência comum é uma versão popular acerca de uma lei ou do pensamento da comunidade científica” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 142).

dotados de (supostas) intuição e sensibilidade extraordinárias, que lhes permitam encontrar uma verdade absoluta mediante uma avaliação *solipsista* do quadro fático delineado nos autos.⁷² Aduz, ademais, que no Estado Democrático de Direito o poder emana do povo, que deve fiscalizar irrestritamente toda forma de manifestação e aplicação do poder, uma vez que somente a fiscalização popular confere legitimidade democrática aos atos estatais (soberania popular).⁷³

O art. 335 do Código de Processo Civil, segundo a ótica de Yukio, apresenta-se em fina desarmonia com a Constituição quando autoriza o juiz a deduzir presunções judiciais naquilo que ele próprio e exclusivamente deduz serem “regras de experiência”.⁷⁴ Afinal, a legitimidade dos resultados oriundos do ambiente processual condiciona-se “à possibilidade de participação, ao fato dos indivíduos serem, ao mesmo tempo, destinatários e autores das normas que regerão suas vidas em

⁷² SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 124, 2010.

⁷³ *Idem*. A presunção judicial no estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 124, 2010. Encorpa a tese de Yukio citação de trecho doutrinário, extraído de trabalho elaborado pelo professor Dhenis Cruz (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 212): “Toda e qualquer motivação decisional deve ser extraída do discurso dialógico-processual. Assim, decisões baseadas na metajuridicidade (v.g., interesse público, equidade, bom senso, adequabilidade, proporcionalidade, justiça, sensibilidade, intuição, experiência) são ilegítimas, porquanto é impossível que os destinatários se reconheçam como coautores do provimento. A metajuridicidade cria o espaço infiscalizável do soberano” (SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 111, 2010).

⁷⁴ Nesse rumo, Dhenis Cruz Madeira: “Justamente por isso, e por não ser mais possível a exigência de uma autoridade sensível, sábia, intuitiva e experiente, é que tais elementos metajurídicos não podem ser utilizados como fundamentação do provimento, a não ser que se queira exigir das partes uma esdrúxula investigação acerca da vida pessoal do juiz para fins de argumentação processual. Decerto, um fundamento não extraído da plataforma procedimental, como o é a experiência ou qualidade individual do magistrado, é imprestável à motivação do provimento, eis que não se oferta à crítica, tornando a decisão ilegítima juridicamente” (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 171-172).

sociedade”.⁷⁵ É válida uma decisão somente se oriunda de uma construção coletiva, intermediada por procedimentos discursivos e que viabilizem o contraditório.⁷⁶

No atual paradigma constitucional não há realmente como se encarar as “regras de experiência” como “expressão da cultura dos juízes”, intérpretes que seriam dos valores e da experiência acumulada pela sociedade em que vivem, como se a eles exclusivamente fosse atribuído o dever de captá-las por seus próprios sentidos e atentos às realidades do mundo, desenvolvendo no intelecto a significação dos fatos que os circundam na vida ordinária, para traduzirem decisões sensatas àquilo que o homem comum sabe e os conhecimentos que certas técnicas elementares lhe transmitem.⁷⁷ No Estado Democrático de Direito — continua Henrique Yukio — cumpre tanto ao juiz como às partes participarem da construção discursiva do provimento no mesmo plano argumentativo, inexistindo posição de superioridade, tampouco esferas de atuação judicial obscuras e impassíveis de fiscalização pela sociedade.⁷⁸

Não se acredita, contudo, que as “regras de experiência” devam simplesmente ser abolidas do ordenamento processual, impedindo-se ao juiz, frente a lacunas, fundar naquelas suas conclusões (= raciocínio presuntivo). Melhor, ao menos assim se crê, é condicionar a legitimidade de provimentos jurisdicionais que se alicercem nessas máximas ao controle deles, mediante a indispensável observação do contraditório e da motivação.

O que não se deve aceitar são deduções sedimentadas no sentimento íntimo e no labor intelectual ermo do julgador, como se unicamente ele estivesse capacitado a estabelecer quais generalizações formadas no seio da sociedade e no âmbito do pensamento técnico-científico se enquadrariam, de forma ajustada, nos conceitos de “regras de experiência comum e técnica”. Apesar daquilo constatado no cotidiano

⁷⁵ SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 114, 2010.

⁷⁶ *Idem.* A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 114, 2010.

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122.

⁷⁸ SOUZA, Henrique Yukio Pereira de. A presunção judicial no Estado democrático de direito: uma análise crítica do artigo 335 do Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 72, p. 123, 2010.

forense,⁷⁹ trata-se de critério cuja utilização é inaceitável se utilizado dissimuladamente, como anteparo invisível que auxilie o juiz na formulação das inferências necessárias a sua convicção, elaboradas sem a (necessária) consulta às partes e, portanto, em desatenção à construção participativa e argumentativa exigida no âmbito procedimental, escamoteando — sob uma falsa impressão de sagacidade — a ilegitimidade da prática do poder segundo parâmetros arbitrários.

Portanto, na intenção e necessidade da utilização de raciocínio fundado em “regras de experiência” (comuns ou técnicas), é indispensável que a autoridade jurisdicional acione as partes para que com ele dialoguem e se manifestem sobre os possíveis sentidos que dessas máximas podem ser extraídos, evitando-se, assim, surpresas que só deslegitimam a decisão judicial. Além do que, haverá, ademais, de aludir explicitamente às “regras de experiência” empregadas na construção do provimento, explicar seus conteúdos e fundamentos, os significados e as bases de sustentação delas, valer-se de critérios básicos que assegurem sua idoneidade e racionalidade, para que, então, restem claras as razões que conduziram à decisão.⁸⁰

5.5 Decisões judiciais produzidas de ofício

Conquanto a praxe ratifique postura diversa, também as matérias de ordem pública (exemplos: condições da ação e pressupostos processuais), e outras mais cognoscíveis oficiosamente, merecem interpretação à luz do princípio democrático.

Talvez oriundo da comodidade que proporciona, prospera um entendimento equivocado, e infelizmente generalizado, de que matérias apreciáveis de ofício estariam isentas da influência do contraditório, de maneira que o juiz se encontraria liberto de ouvir, apreciar e considerar as manifestações das partes a respeito delas. Não há, todavia, racionalidade alguma nesse argumento.

⁷⁹ Assim pensam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Embora isso pareça evidente, o fato é que as decisões, na prática, não aludem sequer às regras de experiência, e muitas vezes o juiz e as partes nem mesmo percebem a sua utilização. Portanto, a exigência de argumentação racional da validade das regras de experiência, embora imprescindível para a racionalidade da decisão e para o adequado uso do recurso, lamentavelmente não existe no cotidiano forense — o que é extremamente grave, especialmente quando considerada a dimensão da garantia da motivação das decisões” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 145).

⁸⁰ Para um exame profundo e esclarecedor sobre o problema das “regras de experiência” e, sobretudo, acerca da necessidade de sua motivação, de seu controle e dos filtros que lhe conferem racionalidade, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 142-158.

Matérias apreciáveis de ofício são aquelas às quais o juiz está autorizado, sem provocação das partes e por iniciativa própria, a encaminhar (indicar, apontar) aos autos do processo. No entanto, a autoridade do juiz restringe-se a essa condução da matéria ao processo, jamais lhe sendo lícito julgá-las sem antes abrir oportunidade para as partes se manifestarem;⁸¹ somente depois, já imbuído pela influência do contraditório, cumpre-lhe, aí sim, decidir.⁸²

Entendimento contrário avalizaria a surpresa como resultado da atividade jurisdicional, em desatenção à ideia de democracia participativa que deve vigorar no desenrolar procedimental. Afrontosa à Constituição decisão judicial que, sob o fundamento de julgar matéria que dispensa a iniciativa das partes, é prolatada em desatenção à construção dialógico-participativa que marca e legitima o procedimento na seara jurisdicional.

A respeito do assunto, Daniel Amorim Assumpção Neves:

Infelizmente não se percebe a diferença basilar entre “decidir de ofício” e “decidir sem a oitiva das partes”. Determinadas matérias e questões devem ser conhecidas de ofício, significando que, independentemente de serem levadas ao conhecimento do juiz pelas partes, elas devem ser conhecidas, enfrentadas e decididas no processo. Mas o que isso tem a ver com a ausência de oitiva das partes? Continua a ser providência de ofício o juiz levar a matéria ao processo, ouvir as partes e decidir a respeito dela. Como a surpresa das partes deve ser evitada em homenagem ao princípio do contraditório, parece que, mesmo nas matérias e questões que deva conhecer de ofício, o juiz deve intimar as partes para manifestação prévia antes de proferir sua decisão, conforme inclusive consagrado na legislação francesa e portuguesa.⁸³

⁸¹ Confira-se, a respeito disso, a precisa lição de Fredie Didier Jr.: “Uma coisa é o juiz poder conhecer de ofício, poder agir de ofício, sem provocação da parte. Essa é uma questão. Outra questão é poder agir sem ouvir as partes. É completamente diferente. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação, sem ser provocado para isso; não é o mesmo que agir sem provocar as partes. Esse poder não lhe permite agir sem ouvir as partes” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 62).

⁸² Esta a posição de Leonardo Greco: “Hoje, exige-se um contraditório participativo, em que o juiz dialogue com as partes e não apenas as escute. Ao expor as suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações e das provas que estão sendo objeto da sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanharem o seu raciocínio e de influenciarem na formação do seu juízo, do seu convencimento. Ora, como as partes podem influir no convencimento do juiz se não sabem o que ele pensa? O contraditório participativo precisa ser efetivado até em relação às questões que, por expressa disposição legal, o juiz pode ou deve apreciar de ofício, como as relativas à concorrência das condições da ação ou à falta de pressupostos processuais que possam acarretar nulidades absolutas. Atualmente, os direitos francês, italiano e português possuem disposições expressas estabelecendo que os juízes não podem decidir de ofício nenhuma questão sem antes ouvir as partes” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: introdução ao direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, p. 541).

⁸³ O mesmo autor aponta o risco de decisões-surpresa não só em casos de matérias de ordem pública, mas também em outras, igualmente problemáticas. Confira-se: “Partindo-se do

Não é, afinal, porque os juízes se encontram autorizados a examinar de ofício determinadas questões, que estariam igualmente desobrigados a se curvarem ao contraditório.⁸⁴ Nada há na Constituição que os desobrigue a afastar a participação das partes em questões de tal natureza.⁸⁵

5.6 Decisões judiciais que desconsideram abruptamente a personalidade de pessoas jurídicas

É com razoável frequência que se observam abusos praticados contra pessoas jurídicas e seus sócios, mediante decisões justiceiras proferidas com o propósito de desconsiderar a personalidade das primeiras.

pressuposto de que durante todo o desenrolar procedimental as partes serão informadas dos atos processuais, podendo reagir para a defesa de seus direitos, parece lógica a conclusão de que a observância do contraditório é capaz de evitar a prolação de qualquer decisão que possa surpreendê-las. Em matérias que o juiz só possa conhecer mediante a alegação das partes, realmente parece não haver possibilidade de a decisão surpreender as partes. Os problemas verificam-se no tocante às matérias de ordem pública, na aplicação de fundamentação jurídica alheia ao debate desenvolvido no processo até o momento da prolação da decisão, e aos fatos secundários levados ao processo pelo próprio juiz. São matérias e temas que o juiz pode conhecer de ofício, havendo, entretanto, indevida ofensa ao contraditório sempre que o tratamento de tais matérias surpreender as partes. Ainda que a matéria de ordem pública e a aplicação do princípio do *iura novit curia* permitam uma atuação do juiz independentemente da provocação da parte, é inegável que o juiz, nesses casos — se se decidir sem dar oportunidade de manifestação prévia às partes —, as surpreenderá com sua decisão, o que naturalmente ofende o princípio do contraditório” (NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 58).

⁸⁴ Assim também advoga o insigne Fredie Didier Jr.: “Será que o magistrado pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes se manifestem sobre esse fato? Imaginem a seguinte situação: A e B estão litigando, cada um argumenta o que quis e o juiz na hora da sentença, se baseia em um fato que não foi alegado pelas partes, não foi discutido por elas, mas está provado nos autos. Ele trouxe esse fato para fundamentar a sua decisão com base no art. 131, conjugado com o 462, ambos do CPC. Ele pode fazer isso? Pode. Está autorizado? Está. Mas ele poderia ter feito isso sem submeter esse fato ao prévio debate entre as partes? Sem submeter esse fato antes, ao diálogo das partes? A parte pode ter, contra si, uma decisão baseada em fatos sobre os quais ela não se manifestou? Não. Isso fere, escancaradamente, o contraditório. Por quê? A decisão forma-se com elemento de fato sobre o qual as partes não falaram, e, portanto, baseia-se em ponto a respeito do qual as partes não puderam ter exercitado o ‘poder de influência’; elas não puderam dizer se o fato aconteceu ou não aconteceu, ou aconteceu daquela forma, ou de outra forma” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. v. 1, p. 62).

⁸⁵ Também este é o entendimento de Junior Alexandre Moreira Pinto ao assinalar que o contraditório se aplica às matérias que em princípio seriam cognoscíveis de ofício, pois essa prática não desobriga o julgador de submeter à participação todas e quaisquer matérias [PINTO, Junior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 168-169. (Temas atuais de direito processual civil, v. 12)].

A desconsideração da personalidade jurídica não é simples consequência da ausência patrimonial da sociedade empresária devedora. Não há, enfim, extensão *objetiva* da responsabilidade patrimonial aos sócios, como se bastasse para a aplicação da *disregard doctrine* a mera ausência de patrimônio por parte da pessoa jurídica devedora.⁸⁶

Tal ilação é extraída da leitura do art. 50 do Código Civil,⁸⁷ que evidencia a preocupação do legislador em regular ajustadamente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica e, destarte, evitar decisões judiciais de cariz autoritário, que atentem abertamente contra direitos de terceiros.

Não se deve olvidar que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcionalíssima, admissível tão só quando demonstrado o *abuso da personalidade jurídica*, que se caracteriza pelo “desvio da personalidade” ou pela “confusão patrimonial”. Assim é, até em respeito a dois princípios capitais, que servem de

⁸⁶ Alguns defendem uma liberalidade bem maior na aplicação da *disregard doctrine* quando o litígio envolvido se referir à relação de consumo. Escoram seu posicionamento na perigosa (e inconstitucional) abertura conferida pelo §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. No entanto, os mais prestigiados consumeristas também combatem essa ideia, consoante se verifica nas lições de Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem: “A doutrina da desconsideração tem seu fundamento nos princípios gerais da proibição do abuso de direito e permite ao Judiciário, excepcionalmente, desconsiderar (ignorar no caso concreto) a personificação societária, como se a pessoa jurídica não existisse, atribuindo condutas e responsabilidades diretamente aos sócios e não à pessoa jurídica. O reflexo desta doutrina no esforço de proteção aos interesses do consumidor é facilitar o ressarcimento dos danos causados aos consumidores por fornecedores-pessoas jurídicas. No direito tradicional é o patrimônio societário que responde pelas dívidas da sociedade, estando a responsabilidade dos sócios restrita conforme o tipo de sociedade criada (sociedade por quotas de responsabilidade limitada, sociedade anônima, comandita etc.)”. Em outro trecho, concluem os citados juristas: “...a melhor doutrina fixará que na desconsideração o problema é de imputação do ato jurídico aos sócios. A doutrina encarregar-se-á de considerar a teoria aplicável somente em casos de desvio das finalidades da sociedade ou abuso de direito, casos graves que justifiquem desconsiderar a pessoa jurídica regularmente constituída, que praticou determinado ato jurídico. O método é mais uma vez tópico e funcional, bem ao gosto do CDC no sentido de resolver o problema concreto do conflito de valores entre manutenção do dogma da separação patrimonial e os interesses da outra parte contratante com a pessoa jurídica insolvente” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 440-441).

⁸⁷ Confira-se o teor do aludido dispositivo legal: “Art. 50. Em caso de *abuso da personalidade jurídica*, caracterizado pelo *desvio de finalidade*, ou pela *confusão patrimonial*, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

orientação ao Direito Societário, vale dizer: i) as pessoas jurídicas têm existência própria e distinta da de seus membros; e ii) o patrimônio da sociedade e o de seus membros não se confundem.⁸⁸

Atenta a essa lógica, o voto proferido pela Ministra Nancy Andrigi, relatora do REsp nº 948.117:

(...) A desconsideração da personalidade jurídica configura-se como medida excepcional. Sua adoção somente é recomendada quando forem atendidos os pressupostos específicos relacionados com a fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/2002. Somente se forem verificados os requisitos de sua incidência, poderá o juiz, no próprio processo de execução, “levantar o véu” da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens da empresa.⁸⁹

Como se sabe, a doutrina, responsável pela edificação da *disregard doctrine*, foi desenvolvida pelos tribunais norte-americanos para impedir o abuso por meio do uso da personalidade jurídica. Também no Brasil, quando o art. 50 do Código Civil estabelece que os bens dos sócios *poderão* vir a responder por obrigações da sociedade, sempre que houver *abuso* de sua personalidade jurídica, verdadeiramente impõe *a contrario sensu* que, ausente esse mau uso, sempre será respeitada a autonomia patrimonial de cada um.⁹⁰

Nessa toada, é indispensável para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não apenas a ocorrência da fraude (abuso do direito),⁹¹ mas, sobretudo, que tal circunstância seja demonstrada pelo credor, que é aquele que a postula e poderá dela beneficiar-se.⁹² Ou parafraseando Cândido Rangel Dinamarco, o

⁸⁸ LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 140. Completa Osmar Brina que é do somatório desses dois princípios capitais que advém o efeito benéfico de se encorajar o aparecimento e o desenvolvimento de empresas privadas no âmbito nacional (LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 141).

⁸⁹ Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 948.117-MS, Relatora Ministra Nancy Andrigi, julgado em 22.06.2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 531.

⁹¹ Consoante lição precisa do conceituadíssimo Cândido Rangel Dinamarco, a expressão “abuso da personalidade jurídica” foi a encontrada pelo legislador de 2002 para definir o que a doutrina e os tribunais vêm qualificando como fraude (DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 535).

⁹² É imperioso que a aplicação da teoria da desconsideração seja precedida, portanto, de criteriosa análise, isso para que não seja vulnerado o instituto societário. Sabe-se que a

personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade dos sócios permitem proteger o empregador de riscos não aceitáveis no empreendimento societário, prefixando sua participação nos prejuízos da sociedade. Se assim não fosse, a maioria das pessoas não se disporia a atuar no mercado, o que acarretaria aumento no desemprego, crescimento da criminalidade, mitigação no desenvolvimento do País, menor contribuição fiscal, entre outros fatores maléficos (GONTIJO, Vinícius José Marques. Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 854, p. 48, 2006). Daí por que — leciona Dinamarco — cumpre àquele que postula a aplicação da teoria — reforce-se isso — *demonstrar* a presença de uso abusivo da personalidade jurídica, seja mediante a prova do “desvio de finalidade”, seja ainda provando a “confusão patrimonial”. Essa afirmação é autoexplicativa a partir da ideia, positivada no direito processual brasileiro, de que compete a cada uma das partes a prova dos fatos de seu interesse. Tal, aliás, é a regra *chiovendiana* que transparece nos dois incisos do art. 333 do Código de Processo Civil: i) o autor prova os fatos constitutivos de seu direito; ii) o réu prova os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da eficácia jurídica dos fatos constitutivos alegados pelo autor (DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 539). Diante da questão referente à desconsideração da personalidade jurídica, a eventual fraude (ou abuso do direito) que se atribui à sociedade empresária devedora (ou a seus sócios) é *fato constitutivo* do direito que alega possuir a exequente. Reside, afinal, na prova dos eventuais atos fraudulentos a causa hábil para legitimar a aplicação da *disregard doctrine*. Aliás, nada mais lógico, uma vez que, sendo a fraude alegada pelo credor e tendo-se em vista que seu reconhecimento beneficiará a ele, é a este exclusivamente que cabe o ônus de demonstrar a ocorrência do alegado fato fraudulento, pois o contrário violaria frontalmente a regra de distribuição do ônus da prova, contida no art. 333, I, do Código de Processo Civil (DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 540). Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “sem fraude nada se desconsidera; sem prova a fraude não pode ser reconhecida” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 540). Perceba-se sobre o tema a melhor orientação jurisprudencial: “Execução diversa. Desconsideração da personalidade jurídica. Hipóteses de cabimento. A desconsideração da personalidade societária é hipótese a ser considerada somente nos casos de comprovado abuso de direito para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, nos termos da jurisprudência pátria” (Tribunal Regional Federal, 4ª Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.051620-5-PR, Relatora Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, julgado em 06.03.2006. Disponível em: <www.trf4.gov.br>). “Execução de sentença. Redirecionamento para o sócio-gerente. Hipóteses de cabimento. Os tribunais vêm admitindo a tese da desconsideração da personalidade jurídica nos casos em que a sociedade se presta como disfarce para ato abusivo ou em fraude a credores. Todavia, para que seja declarada é necessária a prova cabal da fraude realizada pelos sócios ou administradores da pessoa jurídica” (Tribunal Regional Federal, 4ª Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2006.04.00.011446-9-SC, Relatora Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, julgado em 17.10.2006. Disponível em: <www.trf4.gov.br>). “Processual civil. Execução. Redirecionamento à pessoa do sócio. Desconsideração da pessoa jurídica da empresa executada. Pressupostos. Inexistência. 1. Não comprovada a alegada extinção irregular da empresa executada, assim como a sua utilização pelos sócios para fraudar credores, pressuposto indispensável para ensejar o redirecionamento da execução ao sócio, correta a decisão que indeferiu pedido da exequente, visando a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada. 2. Agravo desprovido” (Tribunal Regional Federal, 1ª Região, 6ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.058867-5-MG, Relator

pilar fundamental da teoria da desconsideração consiste no combate à fraude, isto é, sua aplicação só será legítima quando houver um vício de tal jaez e cujos efeitos clamem por neutralização. Sem isso não se desconsidera a personalidade jurídica, sendo extraordinários na ordem jurídica os casos de desconsideração precisamente porque a fraude e a má-fé não são fatos ordinários da vida das pessoas e no giro de seus negócios. Ausente a prova da fraude, enfim, não se legitima a extensão da responsabilidade ao patrimônio daqueles integrantes das pessoas jurídicas.⁹³

Desembargador Daniel Paes Ribeiro, julgado em 28.08.2006. Disponível em: <www.trf1.gov.br>. “Agravo de instrumento. Desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica. A importância do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica impõe a aplicação da desconsideração apenas em casos excepcionais, atendidos determinados requisitos bem específicos, não sendo o caso em questão” (Tribunal Regional Federal, 4ª Região, 1ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.052195-0-PR, Relator Desembargador Edgard Antônio Lippmann Júnior, julgado em 31.01.2006. Disponível em: <www.trf4.gov.br>). “Desconsideração da personalidade jurídica para penhora de bens particulares dos sócios proprietários da empresa devedora. Sociedade de responsabilidade limitada por quotas. Inexistência de bens passíveis de constrição em nome da empresa executada. Fechamento do estabelecimento. Condutas que não configuram, desde logo, infração à lei ou fraude na administração da empresa. Recurso provido” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 7.361.495-4, Vigésima Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Cunha Garcia, julgado em 03.08.2009. Disponível em: <www.tjst.jus.br>).

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 536. Em reforço, vale a citação de excerto, recordado também da prestigiosa doutrina de Cândido Rangel Dinamarco: “Precisamente porque a má-fé, malícia, fraude ou abuso constituem fatos extraordinários na vida dos negócios, prevalece a multissecular necessidade de provar essas máculas de conduta, sob pena de ser o juiz impedido de reconhecê-las — fora esses casos em que algum indício muito forte faça presumir essa causa para a desconsideração. Andrea Torrente não fez mais que expressar uma consistente máxima da cultura ocidental ao dizer que ‘*La buona fede si presume: chi allega mala fede di un’altra persona deve provarla*’ (A boa-fé se presume: quem alega má-fé de outra pessoa deve prová-la). A má-fé precisa sempre ser provada, a não ser quando fortemente sugerida ou algum indício particularmente expressivo, porque é fato extraordinário (na clássica lição de Malatesta, *o ordinário se presume e o extraordinário se prova*). A norma é respeitar as barreiras representadas pela personalidade jurídica, que constitui notória realidade do direito positivo — e, obviamente, o ônus desta prova será sempre do credor interessado em seu reconhecimento e na imposição das consequências da má-fé ou abuso da personalidade jurídica” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Desconsideração da personalidade jurídica, fraude, ônus da prova e contraditório. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 538-539). Este também o entendimento de Vinícius José Marques Gontijo: “Para que seja decretada a desconsideração (...) é necessária a prova do *vício*. Dois são os vícios que mais comumente maculam uma pessoa jurídica, autorizando a decretação da ineficácia da personalidade jurídica no caso concreto: a fraude e o abuso do direito” (GONTIJO, Vinícius José Marques. Responsabilização no direito societário de terceiro por obrigação da sociedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 854, p. 47, 2006). Em idêntica entoação, Ana Caroline Santos Ceoli: “É imperioso que se aplique a teoria da desconsideração à luz dos princípios gerais de hermenêutica, sempre se tendo em conta os pressupostos que lhe

Além disso, e no que interessa mais especificamente a este estudo, é indispensável, também como condição legitimadora da decisão judicial, permitir aos sócios o exercício do contraditório e da ampla defesa, de maneira que possam argumentar e até produzir provas se necessário. Afinal, até então sua esfera patrimonial não se encontrava em risco, sequer integravam a relação jurídica processual e, por conseguinte, não se haviam ainda manifestado no processo.⁹⁴

O Judiciário não atua como se justiceiro fosse. Não é órgão (estatal) a serviço unicamente do autor (demandante, exequente), determinado a satisfazer seu direito a todo custo, mesmo que em atropelo aos direitos de terceiros. A aplicação da *disregard of legal entity* configura-se — insista-se sempre na ideia — medida de exceção, e só por isso a cautela deve nortear a autoridade jurisdicional, mormente para se evitar afronta aos mais mezinhos princípios constitucionais (sobretudo aos direitos fundamentais materiais e processuais), postura inaceitável no paradigma do Estado Democrático de Direito.

5.7 Decisões que julgam embargos de declaração

Os embargos de declaração agregam-se ao catálogo recursal,⁹⁵ embora não se prestem, de regra, a reformar ou a invalidar o provimento impugnado, mas, sim, a

são inerentes e as peculiaridades dos casos levados a juízo. Analisada sob um enfoque fragmentário e sectário, não resta dúvida de que seu uso abusivo e indiscriminado atende aos fins imediatistas, como imprimir celeridade e efetividade à prestação jurisdicional em prol daqueles que postulam a satisfação de seus direitos creditícios. Porém, sob ponto de vista global e mais abrangente, é imperioso reconhecer que a aplicação descriteriosa da desconsideração da pessoa jurídica descarta-se de valores supremos como a segurança e a justiça, para cuja proteção ela foi concebida. (...) Indubitável, pois, que a teoria da desconsideração, se moderada e corretamente aplicada, servirá para o aprimoramento da pessoa jurídica, coibindo os abusos praticados pelos indivíduos que a constituem, encobertos pelo princípio da autonomia patrimonial e da separação de personalidades. Inversamente, porém, se transformada em miraculosa panacéia, essa teoria ensejará o desvirtuamento do ente personificado e comprometerá a função institucional que se lhe confere, gerando, por conseguinte, graves prejuízos de ordem econômica e social para todo o País” (CEOLI, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 174).

⁹⁴ É providente o Projeto nº 166/10 (novo Código de Processo Civil) ao regulamentar a abertura de *incidente procedimental* próprio para se desconsiderar a personalidade jurídica (arts. 77 a 79). Nele é clarividente a necessidade de o juiz, frente a um requerimento de desconsideração, determinar a citação dos sócios a fim de, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestarem e requererem a produção das provas cabíveis. Somente depois, concluída a instrução, é que cumprirá à autoridade jurisdicional decidir.

⁹⁵ É nessa linha também o entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha: “Os embargos de declaração constituem um recurso, por estarem capitulados no rol do art. 496 do CPC, atendendo, com isso, ao princípio da taxatividade; são cabíveis quando

integrá-lo ou a aclará-lo, escoimando-o dos defeitos considerados relevantes a sua compreensão e alcance: a omissão, a contradição e a obscuridade.⁹⁶ Excepcionalmente, corrigem ainda a dúvida, além do que há defeitos atípicos que, na falta de outro expediente hábil ou por medida de saudável economia, se emendam mediante os declaratórios.⁹⁷

O procedimento altamente concentrado dos embargos declaratórios abstraiu a abertura de prazo para o embargado respondê-los, antes ou depois de o recurso submeter-se àquele controle da admissibilidade a cargo do relator, ou de o juiz singular julgá-los, algo, aliás, que no art. 840 do Código Processual de 1939, se visualizava explicitamente.⁹⁸ Tenta-se explicar o atentado ao contraditório mediante razões variadas; nenhuma, contudo, aceitável para justificar sua inutilidade.⁹⁹

Segundo a acertada lição de Cassio Scarpinella Bueno, a omissão da atual legislação processual acerca da incidência do contraditório nos embargos de declaração há de ser encarada à luz da Constituição, o que leva à conclusão de que seu estabelecimento é providência irrecusável, ainda mais naqueles casos em que o magistrado constata que o acolhimento dos declaratórios tem aptidão, em tese, de alterar o conteúdo da decisão anterior.¹⁰⁰ Assim, a parte contrária àquela que formulou

houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, sendo igualmente cabíveis quando houver omissão, ou seja, quando o juiz ou tribunal tiver deixado de apreciar ponto sobre o qual deveria pronunciar-se” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 3, p. 159).

⁹⁶ ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 578.

⁹⁷ *Idem*. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 578.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 617.

⁹⁹ Basicamente são essas as justificativas, todas extraídas da obra de Araken de Assis: i) os vícios embargáveis prejudicariam, de maneira uniforme, as partes e os terceiros, motivo pelo qual se pressupõe falta de interesse para se opor ao pedido formulado nos embargos; ii) os embargos declaratórios não ventilam questão inédita ou nova, mas, sim, reportam-se àquilo já debatido no curso do procedimento; e iii) os embargos não se prestam precipuamente a modificar o provimento (ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 617).

¹⁰⁰ Naquilo que diz respeito à hipótese na qual os embargos de declaração assumem caráter “infringente”, é praticamente pacífico o entendimento, jurisprudencial e doutrinário, no sentido de que cumpre ao juiz, ou ao tribunal, antes de julgar o recurso, dar audiência ao embargado, sob pena de ferir mortalmente o contraditório. Num determinado caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, uma instituição de ensino interpôs recurso de apelação e nele argumentou, em suma, que a sentença, naquilo que dizia respeito ao arbitramento de honorários advocatícios, foi alterada após o acolhimento parcial de embargos declaratórios sem, contudo, ter sido cancelada oportunidade de sua manifestação quanto ao pleito. Evidenciou, ademais, que sequer a hipótese admitia os declaratórios. Postulou, por fim, a nulidade da decisão embargada porque lesiva ao contraditório e à ampla defesa; se caso outro o entendimento, fosse o recurso provido e

os declaratórios deve ser ouvida a seu respeito, no prazo de cinco dias (CPC, art. 523, §2º); só depois, então, é que o recurso será julgado. Incoerente o argumento de que o exercício do contraditório seria desnecessário, pois seu exercício já se dera antes de proferida a decisão e, por conseguinte, antes da imposição dos declaratórios. Assim, porque o contraditório há de ser contemporâneo à prática dos atos processuais, deve realizar-se em função dos embargos de declaração, tais quais apresentados, segundo suas particulares razões, viabilizando que a decisão que o julgue considere a oitiva da parte contrária.¹⁰¹

Em reforço, elucida Araken de Assis:

(...) Na verdade, o princípio do contraditório há de ser sempre observado nos embargos de declaração, apesar do elástico provocado ao procedimento. A desvantagem mínima ficará largamente compensada pelos bons frutos que o diálogo das partes com o órgão judiciário gera no processo. Nada assegura que o defeito que se pretende corrigir, averbado de manifesto, de fato exista no pronunciamento, errando-se no segundo momento, a pretexto de corrigi-lo, vício que pode ser evitado através da vigilante manifestação do embargado.¹⁰²

Logo, razões de ordem prática e jurídica sinalizam rumo ao estabelecimento da *democracia participativa* também no seio dos embargos declaratórios, não somente quando estes se mostrarem hábeis para modificar a decisão embargada, mas sempre e invariavelmente. Postura diversa, apesar de contrastar com o cotidiano forense, implica nulidade do julgamento dos declaratórios, desde que, obviamente, se constate prejuízo ao embargado, decorrente da alteração do pronunciamento para desfavorecê-lo.¹⁰³

reformada a sentença, mantendo-se a fixação originária dos honorários. Esta a ementa do acórdão: “Apelação. Ação declaratória c/c pedido condenatório. Sentença integrada por decisão posterior. Embargos declaratórios com efeito infringente. Prévia intimação do embargado. Devido processo legal. A atribuição de efeito modificativo aos embargos de declaração reclama prévia intimação da parte adversa para se manifestar acerca do pedido, sob pena de nulidade absoluta” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0701.09.266872-5/001, 13ª Câmara Cível, Relator Desembargador Francisco Kupidowski, julgado em 10.02.2001. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>).

¹⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2001. (Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais, v. 5).

¹⁰² ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 617.

¹⁰³ *Idem*. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 619.

6 Conclusões¹⁰⁴

A expressão “absolutismo” designa toda doutrina — a despeito de variações nos fundamentos — que prega o exercício sem limitações ou restrições do poder estatal.¹⁰⁵

Conquanto inserido num regime democrático, o cidadão brasileiro ainda é vítima de expressões do poder estatal que se apresentam estranhas à *soberania popular*, capazes de atingi-lo em sua esfera física, psíquica e patrimonial de maneira absolutamente arbitrária, o que se dá quando lhe é negado o direito de participação ativa na construção das decisões públicas. Não é, por isso, exagero algum afirmar que há, sim, alguma manifestação embrionária de absolutismo instalada no regime democrático do País. Estar-se-á a referir-se em específico a algumas decisões judiciais proferidas em manifesto atentado ao contraditório, direito/garantia constitucional que estabelece a *democracia participativa* no ambiente processual e, por conseguinte,

¹⁰⁴ Conforme afirmado na *nota de rodapé nº 1*, este ensaio representa a versão escrita e melhorada de palestra proferida pelo autor, na data de 12.05.2011, no *II Congresso Mineiro de Direito Processual*. Naquela oportunidade, concluiu-se a exposição nos seguintes termos: Há outros exemplos de *decisões ilegítimas*, atentatórias a ideia de *democracia participativa* que deve, hoje, iluminar o direito processual civil. Entretanto, já é hora de concluir, até porque o tempo que me fora concedido esgotou-se. E finalizo com uma reflexão filosófica, iniciada nos tempos antigos, naquela época marcada pelos pensamentos de Platão e Aristóteles. Esses filósofos, e outros mais que posteriormente despontaram, cada qual a sua maneira, trataram do tema *admiração*. Elucidaram que o amor pela sabedoria é suscitado pelo admirar-se. A admiração seria uma *sensação de dúvida*, um *sentimento que exprime espanto*, que *revela uma súbita surpresa da alma diante de novidades*, diante de algo que não se esperava. É ela, a *admiração*, que *impulsiona o pensar*; é um *estado de ânimo*; a *primeira das paixões*... A rotina forense nos impõe uma realidade dura. O dia a dia do operador do direito — juízes, promotores e advogados — é árduo e extenuante. Muitas vezes nos leva a perder a própria capacidade de admiração, fazendo com que encaremos as práticas jurídicas sem um mínimo de reflexão. Não podemos perder nossa capacidade de admiração, de nos surpreendermos, de nos espantarmos diante do novo e diante do velho também. Afinal, hodiernamente vivemos em um novo paradigma, no Estado Democrático de Direito, instalado no Brasil a partir da Constituição de 1988. São muitas, contudo, as práticas que ainda não se ajustaram a esse modelo. Cabe a nós, que lidamos no cotidiano forense, exercitar nossa capacidade de admiração, a fim de corrigir desvios e incoerências e, deste modo, obrar em prol de uma sociedade mais consentânea às diretrizes democráticas.

¹⁰⁵ São exemplos: i) o absolutismo utopista de Platão em República; ii) o absolutismo papal afirmado por Gregório VII e por Bonifácio VIII, que reivindica para o Papa, como representante de Deus sobre a Terra, a *plenitudo potestatis*, isto é, a soberania absoluta sobre todos os homens, inclusive os príncipes, os reis e o imperador; iii) o absolutismo monárquico do século XVI, cujo defensor é Hobbes; iv) o absolutismo democrático, teorizado por Rousseau no Contrato Social, por Marx e pelos escritores marxistas como “ditadura do proletariado” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 2); v) o absolutismo de Maquiavel que, partindo da constatação sobre a perversidade da natureza humana, defende que somente um homem excepcional (de *virtù*) pode proporcionar estabilidade a uma comunidade política.

colabora flagrantemente para a legitimidade da jurisdição e dos resultados dela oriundos.

Já é hora de o operador jurídico atentar para essa realidade e, sobretudo, obrar esforços a fim de suplantar tais desvios despóticos,¹⁰⁶ os quais só fazem desgastar as bases do Estado Democrático de Direito e contribuem para o descrédito do Judiciário, órgão estatal a quem cabe, acima de todos os outros, o papel de sentinela do ordenamento jurídico e, em especial, da Constituição.¹⁰⁷

¹⁰⁶ As hipóteses de absolutismo inculcadas em decisões judiciais não se restringem aos casos aventados neste ensaio. A visão dinâmica (ou substancial) do contraditório impõe uma revisão de exegeses, hoje praticamente pacíficas, atribuídas também a várias outras normas processuais. Veja-se, por exemplo, que os arts. 131 e 462 do CPC exigem esforço hermenêutico que lhes garantam sentidos adequados aos ditames do Estado Democrático de Direito. Lembre-se, nesse rumo, que o intérprete, por dever de lealdade aos valores-guia do Estado Democrático de Direito, continuamente deve interpretar a lei numa dimensão constitucional. Assim, do comando que determina tocar ao juiz a apreciação livre da prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131), não se pode, decerto, entender uma determinação legislativa concedendo a possibilidade de uma decisão despótica, plenamente apta a desconsiderar todo o debate travado nos autos pelas partes e pelo juiz e, portanto, flagrantemente individual, visto que nascida apenas do esforço intelectual solitário do juiz. De igual modo, a permissão para que o juiz, depois da propositura da ação, tome em consideração, mesmo de ofício, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito na formação de sua convicção no momento de proferir a sentença (CPC, art. 462), não pode ser compreendida como uma autorização para que ele, o juiz, decida questões à revelia das partes, sem consultá-las, sem considerar seus argumentos. Exige-se uma conformação desses dispositivos com o princípio do contraditório, isso em consideração a seu aspecto dinâmico e não puramente formal. É certo que ao juiz é lícito avaliar os fatos, circunstâncias e matérias de direito, ainda que não alegadas pelas partes. Também é dado a ele refletir sobre fatos surgidos após o ajuizamento da ação, plenamente capazes de influir nos rumos de sua decisão. Afinal, o processo não é um plano alheio à realidade, e a busca da “verdade real” é sempre um objetivo a ser perseguido. De todo modo, se assim pretender agir, é imperioso que antes conceda às partes a possibilidade de se manifestarem sobre aquilo que considera relevante, bem assim deixar-se influenciar por essas manifestações, revestindo sua decisão da necessária legitimidade constitucional.

¹⁰⁷ Com a afirmação de que o juiz é uma sentinela (ou um guardião) da Constituição Federal não se quer dispensar a ele tratamento soberano. Não se pretende com isso endeusar o ser humano que se encontra por detrás da toga, como se esta lhe retirasse magicamente o coração e a própria humanidade, transformando-o nalguma divindade suprema. Sublinha-se sempre a importância do juiz no Estado Democrático de Direito; não, contudo, para lhe atribuir onipotência e sabedoria super-humanas, que justifiquem um agir dele pautado unicamente em seu próprio engenho e, deste modo, a prolação de julgamentos descompassados com o debate travado ao longo do procedimento. Quer-se tão somente assinalar que seu papel ganhou relevante importância na contemporaneidade, razão pela qual deve manter-se familiarizado com a doutrina e jurisprudência, atento aos diversos palcos de diálogos sociais, sempre em busca da ampliação de seus horizontes de conhecimento, algo natural num País que necessita do *ativismo judicial*. De outro lado, e até para se evitar arbitrariedades atentatórias ao regime democrático e aos direitos fundamentais processuais, há de laborar com o propósito de fomentar também um *ativismo das próprias partes*, atribuindo a elas, por igual, o papel de canalizar os valores da

Não se pode deixar de verificar, nesse particular, que o Projeto de Lei nº 166/10 (novo Código de Processo Civil) avançou. Afinal, um de seus propósitos é positivar, de forma expressa, aquilo que já devia fazer parte do senso comum de todos, mormente daqueles que lidam, por ofício, com a atividade jurisdicional (juízes, promotores e advogados). Constatou-se nele verdadeira intenção de se realizar a indispensável interface entre a Constituição e o ordenamento processual, percebida já em seu artigo inaugural, que impõe a ordenação, a disciplina e a interpretação do Código de Processo Civil segundo os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

No que se refere ao *princípio democrático*, nota-se que o legislador do Projeto nº 166/10 se conscientizou de sua importância, tanto que está previsto em diversos dispositivos. Ali, em seu corpo normativo, atesta-se que as partes têm direito de participar ativamente no ambiente processual, cooperando com o juiz, fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência (art. 5º). Veda-se ao juiz, no mesmo rumo, proferir decisão ou sentença contra uma das partes, desimportante a natureza da matéria envolvida, sem que antes seja ela previamente ouvida, excepcionados os casos de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito (art. 9º). Tampouco é aceitável à autoridade judicial decidir em qualquer grau 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 tenha que se decidir de ofício (art. 10).

É bem verdade que essa leitura constitucionalizada da legislação processual já é realidade viva no Brasil (ao menos doutrinariamente), consequência da onda renovatória que conduziu a todos ao constitucionalismo. Contudo, é sensato que a lei processual se ajuste aos regramentos constitucionais e que assim conscientize — de uma vez por todas — aqueles que ainda resistem às inovações, que só enxergam com

sociedade para o ambiente processual, conferindo-lhes a possibilidade real de influência nos provimentos judiciais (contraditório em sua feição substancial). Decerto que o ativismo judicial, somado ao ativismo das partes, proporcionará decisões judiciais mais bem elaboradas e amadurecidas, alheias ao fenômeno absolutista que representam as surpresas não raramente verificadas na prática da atividade jurisdicional. Enfim, advoga-se um ativismo judicial responsável, praticado por juízes verdadeiramente preparados técnica e socialmente, mas que seja controlado por um ativismo das partes, em respeito à *democracia participativa* que legitima a atividade jurisdicional e os resultados dela oriundos. O equilíbrio é, portanto, a solução.

nitidez diante do texto expresso e particularizado da lei, mantendo-se, por isso, cativos numa rotina forense já há muito descompassada com o ideal democrático.