



O princípio do contraditório no Novo Código de Processo Civil. Aproximações críticas

Guilherme Guimarães Feliciano

Sumário: 1. Introdução. O Contraditório E Suas Nuances; 2. O Contraditório No Novo Código De Processo Civil (I): Avanço Ou Retrocesso?; 3. O Contraditório No Novo Código De Processo Civil (Ii): Apegos Liberais; 4. A “Due Process Clause” Entre A Justiça E A Democracia; 5. Repensando O Contraditório Em Perspectiva Jusfundamental; 6. À Guisa De Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução. O Contraditório e suas nuances

A garantia do contraditório — ou, como se queira, o princípio do contraditório — tem, como se sabe, índole constitucional, ubicando no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. E é assim, ademais, nos mais significativos sistemas jurídicos ocidentais. Mas qual a real extensão desta garantia, no plano ideal? E qual a sua possibilidade de inflexão diante de outros valores?

Em particular, impressiona-nos o fato de que, no caso dos títulos executivos (notadamente os judiciais), o contraditório seja historicamente diferido para o momento dos embargos do devedor (v. artigos 736 a 739-A do Código Buzaid), enquanto em outros contextos se identifique, nos mais variegados nichos de doutrina, uma defesa quase fetichista de um contraditório prévio, pleno e intocável. OVÍDIO BAPTISTA identifica essa distorção com a própria origem burguesa dos códigos liberais, privilegiando a propriedade e os negócios. Tornadas excepcionais as medidas liminares de mérito sem prévio contraditório (tendência que se observou acerca do próprio artigo 273 do CPC), todos os procedimentos tornam-se “ordinários” (= “ordinarização” do sistema processual) — cognição exauriente e plenitude de defesa passam a se corresponder — e todo instrumento que fuja a esse padrão passa a ser visto como autoritário.

A própria urgência nas tutelas preventivas justifica e autoriza, do ponto de vista constitucional, hipóteses de contraditório eventual e diferido. No contraditório diferido, conquanto as posições das partes não se alterem, o juiz está autorizado a desde logo julgar o mérito da causa ou da questão, sob a forma de uma decisão provisória, com inversão de fases: a parte afetada poderá exercer o contraditório, mas após a decisão tomada, podendo o juiz revê-la adiante (assim, e.g., ao tempo da sentença final de mérito, tanto nas liminares cautelares como nas liminares antecipatórias dos efeitos da tutela de mérito). É o que se passa com as antecipações dos efeitos da tutela de mérito (artigo 273 do CPC), conquanto alguns entendam que o seu deferimento “in limine litis” (i.e., antes do contraditório) deveria ser excepcional. Engano: a rigor, as antecipações de tutela são de cognição “prima facie” e têm natureza executiva, trasladando para o direito brasileiro a tutela interdita desenvolvida pelos romanos a partir do período formulário. Mas, a fim de manter a coe-

rência retórica do sistema (não a lógica, diz BAPTISTA), tais decisões são formalmente vazadas em decisões interlocutórias, internalizadas em um processo maior que caminha para uma sentença final, mais ampla e definitiva (“ordinária”).

No contraditório eventual, ao revés, não se invertem fases processuais, mas as posições das partes no processo: elimina-se o contraditório do interior de um certo procedimento, transferindo-o ora para uma ação incidental (vejam-se, e.g., os embargos do devedor nas execuções de títulos extrajudiciais), ora para uma ação independente, de caráter geral ou especial (o que se dá, e.g., nas ações possessórias, nas ações de desapropriação e outrora na busca e apreensão do DL n. 911/1969).

O próprio legislador federal ordinário poderia regular tais hipóteses com maior regularidade e generosidade, visando um sistema processual infraconstitucional mais compromissado com a celeridade e a efetividade. É, aliás, precisamente essa a sede onde os princípios constitucionais na espécie o devido processo legal, na sua dimensão substantiva (modulando a dimensão adjetiva) cumprem melhor o seu papel normogênico. O mesmo se esperaria, outrossim, nas chamadas “tutelas de evidência”: fere a razoabilidade e o próprio princípio da cooperação processual que, sendo evidente o direito e a sua violação, goze ainda o devedor do direito de somente ser instado a honrá-lo após deduzir toda a sua defesa, com todos os “recursos a ela inerentes” (artigo 5º, LV, da CRFB), a despeito do tempo que assim se consumirá. No processo laboral brasileiro, é o que hoje se vê em relação a empresas tomadoras de serviço que se recusam a quitar o débito rescisório líquido, por um suposto benefício de ordem (v. Súmula n. 331, IV, do TST), embora em audiência já admitam a demissão do empregado, a inadimplência rescisória e o estado pré-falimentar da empresa prestadora.

Não parece ser esse, entretanto, um caminho convicto para o legislador brasileiro.

Vejam.

2. O Contraditório no Novo Código De Processo Civil (I): Avanço Ou Retrocesso?

Em 17 de dezembro de 2014, aprovou-se em definitivo, no Senado Federal, o novo Código de Processo Civil, a partir do PLS n. 166/2010 (que, na Câmara dos Deputados, tramitara como PL n. 6.025/2010).

Entre alguns ganhos “ideológicos” do novo CPC, realce-se a assimilação da simplicidade e da informalidade processual, na linha do que sempre vigorara no âmbito do processo laboral, desde a década de quarenta do século passado (veja-se, por todos, a expressa redação do artigo 840, §1º, da CLT, e compare-se, p.ex., com a redação do artigo 282 do Código Buzaid). Nessa linha, elimina-se grande número de incidentes processuais previstos no Código de 1973. De outra parte, sedimentam-se claras regras de valorização do resultado do processo, conferindo concreção aos princípios constitucionais da efetividade e da celeridade processual.



De outro turno, no que respeita às tutelas provisórias, o novo Código sistematiza-as como tutelas de urgência e de evidência, prevendo mecanismos de estabilização das medidas de antecipação liminar satisfativas, por um lado, e retirando-se a autonomia do processo cautelar, por outro. As medidas cautelares passam a ser concedidas, de modo antecedente ou incidental, no bojo do processo principal, i.e., daquele em que se discutem as pretensões ao bem da vida.

E, conquanto exatamente neste ponto — tutelas provisórias — veja-se, no novo texto legislativo, autorização para diferimento do contraditório, chama a atenção o fato de que, em vários outros contextos (que podem envolver similar grau de urgência ou evidência, ainda que não deduzidas nesses termos), a opção legal tenha sido pelo resguardo dogmático e inflexível do contraditório, para além do razoável, retrocedendo em relação ao padrão de instrumentalidade do próprio Código Buzaid (com o risco de transtornar ambientes processuais particularmente dinâmicos, como é o processo do trabalho, jungido à subsidiariedade do Código de Processo Civil, seja pelos termos do artigo 769 da CLT, seja pelos termos do artigo 15 do novel CPC).

Já era assim, ademais, no texto aprovado pela Câmara dos Deputados. O PL n. 6.025/2010 introduzia no sistema processual civil brasileiro a obrigatoriedade de se oportunizar a manifestação prévia da parte interessada antes de qualquer decisão judicial que possa afetar o seu interesse (vide os respectivos artigos 9º, 10, 301, 469, par. único, etc), inclusive em casos de matéria de cognição incondicionada (= conhecimento “ex officio”). Onde o contraditório fora até então diferido (à luz do CPC de Buzaid), sem quaisquer transtornos (mesmo porque, em residuais hipóteses de nulidade, sempre houve a possibilidade de recurso à instância seguinte), passa a ser, agora, um contraditório obrigatório, prévio e pleno. Outra vez o fenômeno da “ordinarização” procedimental (i.e., da “normalização” dos diversos ritos procedimentais pela régua do procedimento ordinário), agora no regime jurídico da solução das objeções processuais, tornando o processo civil mais burocrático e menos efetivo, ao menos nesta parte.

Faz todo sentido pensar em contraditório obrigatório, prévio e pleno antes da aniquilação objetiva de direitos materiais, mormente em sede de tutela de direitos humanos fundamentais. Mas torná-lo regra quase absoluta, ao ensejo de qualquer ato judicial decisório — ainda que sobre matéria processual —, parece conter desproporcionalidades. A simples positivação do princípio da cooperação (artigo 6º do NCPC) comandaria melhor a questão, sem necessidade de quaisquer outros preceitos, apreciando-se caso a caso a necessidade de um contraditório prévio eventual.

3. O contraditório no novo código de processo civil (ii): apegos liberais

Em verdade, todas essas dificuldades de concepção residem na cultura judiciária dominante, que apenas se reflete na resistência do legislador ordinário. Isso porque haveria muitos caminhos hermenêuticos para “redescobrir” um processo civil liberto das amarras liberais; a questão maior será saber como — e se — ganharão força e ensejo.

Com efeito, a concepção do direito liberal-formal coloniza o pensamento jurídico a partir das universidades e das próprias escolas de magistratura. Forma-se o juiz enunciador da lei, que não precisa e nem quer buscar alternativas para o modelo tradicionalmente dado, e que não tem maiores compromissos com a renovação da ordem jurídica processual para a efetiva garantia da ordem jurídica material. Apesar da tutela processual interdita introduzida pela Lei n. 8.952/1994 no CPC, na nova redação do artigo 273 do Código Buzaid, apta à concessão “in limine litis”, não eram poucos os juízes convictos em jamais a deferir antes de aparelhar o contraditório (o que significava, também ali, “ordinarizar” a tutela preventiva ou de evidência), perfilhando pontos de vista restritivos que ecoaram até mesmo no STF. Da mesma forma, apesar do poder geral de cautela conferido pelos artigos 798 e 799 do CPC de 1973, juízes tinham inapelável preferência pelas ações cautelares nominadas porque a descrição legal dos pressupostos facilita o trabalho intelectual, reduzindo-o à mera subsunção formal, ao passo que diversos juristas sequer concebiam a possibilidade de o poder geral de cautela ser exercitado “ex officio” (o mesmo se dando com a tutela antecipada, mesmo em casos de incontrovérsia real ou ficta do pedido, e apesar do que dispôs o par. 6º do artigo 273 do CPC de 1973, sob a redação da Lei n. 10.444/2002).

O perfil do juiz enunciador da lei corresponde, afinal, àquele perfil que ROMANI identificou como o do “juiz dogmático”: o seguidor do método do culto ortodoxo da lógica formal-abstrata ditada pelo legislador, que na dicção do autor “em nada contribui para o Direito novo, próprio do pretor urbano da antiga Roma, mais próximo a cada tempo da verdadeira justiça, aquela coerente com os direitos naturais do povo, que é o mais legítimo credor da prestação jurisdicional”. Mesmo na análise constitucional, guia-se amiúde disso consciente ou não pela hermenêutica originalista da tradição norte-americana (a que metodologicamente corresponde, grosso modo, a “teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito” de BOBBIO), que pressupõe (i) o absoluto respeito à letra do texto constitucional e à vontade histórica do constituinte; (ii) o exclusivo manejo, pelo intérprete/aplicador, de “princípios neutros” dir-se-ia quase formais, como o princípio da legalidade estrita e o princípio da isonomia formal, que não lhe impõem acessar elementos extrassistemáticos (como imporiam, e.g., princípios ou fundamentos como “valor social do trabalho”, “dignidade da pessoa humana” ou “democracia econômica e social”); (iii) a circunscrição tópica da atividade hermenêutica ao previsto como possível pelo constituinte histórico, sob pena de malferimento à soberania popular (que acometeu às assembleias constituintes e não aos tribunais a elaboração da Constituição); e (iv) a renúncia à ideia de discricionariedade hermenêutica (i.e., o juiz não tem “vontade” no ato de julgar, nem lhe é dado modificar ou “atualizar” os textos constitucionais).

Tal perspectiva reverencia um mundo estereotipado que arrebatou o pensamento político até os oitocentos, mas depois foi superado. Deste ponto, convém sacar a crítica específica.

4. A “due process clause” entre a justiça e a democracia

Antes de seguir com a análise do princípio do contraditório — e de acenar com as soluções para o modelo de clausura que o novo CPC anuncia —, convirá uma reflexão de ordem jurídico-filosófica



Como disséramos alhures, noutros escritos, todo ato de julgar consubstancia um ato de vontade comunicativa (e, mais, um ato de criação), em que o juiz externaliza inclusive as suas convicções e ideologias (ainda que essa ideologia seja o entendimento de que deve apenas “reproduzir” a vontade histórica do legislador). A dicção da chiovendiana “vontade concreta da lei” depende da vontade subjetiva do magistrado, o que explica e justifica as inflexões do “procedural due process”. muitas das quais já assimiladas ou em vias de assimilação pela jurisprudência dos tribunais superiores, em moldes que jamais se veriam há trinta ou cinquenta anos. E, diga-se, inflexões hermeneuticamente plasmadas sob as mesmas leis que regiam o processo àquela altura.

Daí porque aderíamos a ARTHUR KAUFMANN e recusávamos a hipótese do “juiz autômato da lei”, destituído de vontade juridicamente relevante. Isso porque a hipótese é fenomenicamente impossível: há que reconhecer, com BOBBIO, que

“a interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar”.

E destacávamos, no mesmo enalço, que a segurança jurídica não se obtém com a automatização dos juízos, mas com o reconhecimento dogmático dos limites do sistema, a serem esclarecidos e estabilizados de modo racional e discursivo, sem prejuízo da mobilidade e da abertura sistêmicas. Daí ser dado ao magistrado expressar-se como ser sociopolítico, sem renunciar às suas convicções pessoais e aos elementos de cultura que configuraram sua visão de mundo. É um seu direito:

“los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (princípio n. 08 dos Princípios Básicos relativos à Independência da Judicatura ONU, 1985 [g.n.]).

E, em certo sentido, é também um seu dever. Isto porque o seu “sentimento de direito” (“Rechtsgefühl”) deve provir de sua visão de mundo, para transparecer como tal, no plano discursivo, ao tempo e modo da decisão que prolata (artigo 93, IX, da CRFB). Eis, afinal, o que assegura ao Poder Judiciário o seu gradiente de democracia, notadamente nos países em que o ingresso na Magistratura não se dá por eleições gerais (como em geral nos países de “common law”, sob mandatos vitalícios ou temporários), mas por concursos públicos ou outros modos seletivo-meritórios de acesso (como em geral nos países de “civil law”, em que de regra se seguem carreiras profissionais).

A concepção do “judicial law-making” não é, de resto, antimajoritária ou antidemocrática, como geralmente se supõe e inclusive se sustenta em espaços acadêmicos. As

orações acima negritadas já revelam os elementos pelos quais a atividade jurisdicional logra democratizar-se e reinventar-se a todo tempo:

(a) a liberdade de convicção técnico-jurídica (a Democracia pressupõe a pluralidade, e o que garante ao cidadão que o mais humilde juiz do mais distante rincão não estará tecnicamente vinculado à visão de mundo e direito que domina na mais alta corte judiciária do país é a sua liberdade de convicção técnico-jurídica: suas decisões não se sujeitam a um modelo autocrático e antidemocrático de reprodução mecânica de súmulas de jurisprudência, a não ser por expressa ressalva constitucional);

(b) a publicidade das decisões (a Democracia pressupõe a possibilidade de controle público da autoridade constituída, para cujo fim não há melhor instrumento que a irrestrita publicidade dos atos de império, vicejante em praticamente todos os sistemas judiciários, a não ser por expressa ressalva constitucional);

(c) a fundamentação das decisões (a Democracia pressupõe informação e contraditório, para o que é indispensável, nos sistemas judiciários em geral, que os interessados conheçam e compreendam as razões pelas quais a pretensão deduzida foi ou não acolhida).

Observe-se que todos os atributos acima reportados liberdade de convicção técnico-jurídica (vinculada à própria ideia de independência judicial), publicidade processual e fundamentação judicial são corolários do “procedural due process”. Não é demais afirmar, portanto, que a “due process clause” é, por assim dizer, uma das vigas-mestras de sustentação dos regimes democráticos contemporâneos.

Mas não é só. Contrapondo essa mesma objeção acerca do caráter antidemocrático e antimajoritário de um sistema judiciário com aptidões criativas (aliás, “a mais grave de todas”), CAPPELLETTI vai além e esclarece, a propósito, o seguinte:

(d) a rigor, mesmo os poderes normativos exercitados pela Administração Pública e pelos parlamentos não gozam, em termos realmente autorais, de plena legitimidade democrática, já que geralmente a atividade normativa é capitaneada por “colégios de burocratas” e condicionada por uma série de alianças e subserviências políticas que não têm qualquer respaldo no voto popular (se quer indiretamente, já que são funções constitucionais indelegáveis). São os juízes, ao revés, os que em tese logram guardar dessas ingerências políticas e burocráticas a distância mais segura, já que pouco dependem de conjunturas políticas e arranjos administrativos (ao menos nos países com carreiras de magistratura) e podem se manter à margem de tais influências sem quaisquer prejuízos;

(e) a absoluta hegemonia da vontade das maiorias será, as mais das vezes, um grave sintoma antidemocrático (vejam-se, p.ex., os episódios de totalitarismo e de populismo caudilho do século XX). São os juízes, ao revés, os que têm a



missão constitucional de resguardar os direitos e interesses das minorias particularmente no que diga respeito às dimensões da jusfundamentalidade, de modo a poder “frustrar o ramo político quando este, por estar muito ligado ao sentimento majoritário, atropela certos direitos fundamentais dos indivíduos ou das minorias”;

(f) a própria acessibilidade dos juízes à população, institucional e sociologicamente, seja por imperativo constitucional (artigo 5º, XXXV, da CRFB) ou pela maior capilaridade orgânica dos corpos judiciários, tende a tornar o Judiciário um poder mais democrático e dialógico, desde que obviamente haja permeabilidade pessoal e cultural a essas experiências.

Em realidade, o que distingue a atividade legislativa da atividade judicante não é a sua criatividade substancial, mas o modo como ela é engendrada. Os parlamentos legislam a partir de inputs de diversas naturezas (políticos, sociais, econômicos), mas tendencialmente difusos e abstratos (na medida da sanidade do próprio sistema legislativo, i.e., da sua maior ou menor suscetibilidade à ação de corruptores, lobbys e grupos de interesses não classistas). Os juízes, ao contrário, desenvolvem o “judicial law-making” a partir de focos concretos (modelo de “cases and controversies”) e em “regime de soberania vinculada” (CARNELUTTI), o que implica, segundo CAPPELLETTI, (i) uma perspectiva inercial (“nemo iudex sine actore”); (ii) uma perspectiva de limitação objetivo-subjetiva ao âmbito de controvérsia definido pelas próprias partes (“ne eat iudex ultra petita a partibus”); e (iii) uma perspectiva necessariamente dialética (“audiatur et altera pars”).

Mais uma vez, aparecem os atributos clássicos do “procedural due process”, desdobrando uma importante constatação: os conteúdos formais da “due process clause” constituem, a um tempo, a substância que dá identidade à atividade judicial “criativa” (em relação p.ex. à legislação) e também aquela que, dimensão política, justifica-a democraticamente.

Para a Democracia, portanto, o devido processo legal cumpre concomitantemente mas não exclusivamente, por óbvio os papéis de causa eficiente (porque a sustenta endógena e exogenamente), de causa formal (porque justifica-a e nela se justifica) e de causa final (porque deve ser dela um objetivo).

A hipótese de um Poder Judiciário não criativo, com um corpo de magistrados que apenas repita os textos de lei e adapte a vontade histórica do legislador aos casos concretos, em modo de pura subsunção formal, não atende aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito. Sob tais circunstâncias, torna-se irrelevante a maior ou menor acessibilidade à população (instrumental ou sociologicamente). A Magistratura torna-se incapaz de refletir a diversidade e a pluralidade do pensamento jurídico. E é menos apta a preservar as minorias contra os ímpetos das maiorias políticas, que ditam os textos de lei. É que tampouco a “lei” é um fenômeno empiricamente abstrato ou neutro, na exata medida em que “[o] Estado, nos seus vários níveis, não é neutro. Ele sofre pressão de grupos extremamente fortes que atuam dentro das burocracias estatais, nas secretarias, nas assembleias [...]”. Daí porque, estresindo SCHWARTSMAN, “[u]ma boa receita para produzir o pior dos mundos é aplicar com máximo zelo todas as leis vigentes”.

Assim, reservar ao juiz o papel de mero enunciador da lei é, na verdade, retirá-lo do jogo de “checks and balances”, vergastando um dos mais importantes mecanismos da forma republicana de governo. E, mais que isso, é manietar o próprio “procedural due process”, por combalir a independência judicial. Afinal,

“a independência do juiz há de ser compatível com sua configuração humana como sujeito de capacidade plena, de preocupações pela justiça que vão além de seu exercício profissional, e como titular de todos os direitos que a lei não lhe restrinja ou suprima em atenção a razoáveis medidas de incompatibilidade. Falamos, pois, de um juiz não facilmente domesticável, não mudo, nem mais diminuído em seus direitos do que o indispensável”.

Ademais, é seguro que o postulado “in claris cessat interpretatio” já não se põe, em absoluto, no direito contemporâneo. Não há lei, por mais clara ou detalhada que seja, capaz de recusar ao intérprete/aplicador um mínimo exercício de criatividade e construção semântica. O que se deve discutir hoje, afinal, já não é a legitimidade da criação judiciária, mas seguindo ainda CAPPELLETTI o grau, o modo, os limites e a própria aceitabilidade social da criação do Direito pelas cortes judiciais. O que significa discutir, no marco desta Tese, como e quanto o “substantive due process” pode, em “criando”, inpletir o “procedural due process”.

5. Repensando o contraditório em perspectiva jusfundamental

Nessa ordem de ideias, e especialmente no âmbito do processo do trabalho, parece claro que, sobre se aplicar a concepção hodierna de contraditório — pela qual “cada parte processual é chamada a apresentar as respectivas razões de facto e de direito, a oferecer as suas provas ou a pronunciar-se sobre o valor e resultado de umas e outras”, em todas as fases do processo, sob estruturação dialética, pela qual todo movimento realizado por uma parte abre ao “ex adverso” a possibilidade de realizar um outro, de igual relevância, tendente a contrariar os efeitos do precedente —, é preciso também pensar seus contextos de exceção.

O contraditório assegura, inequivocamente, o direito de influenciar e o ônus de debater; e, para mais, pressupõe o acesso à mais ampla informação processual. O novo CPC claramente incorpora essas dimensões, por exemplo, no novo incidente de desconside-
ração da personalidade jurídica do artigo 133 e ss. (o que passa a constituir um procedi-
mento cível especial, incidental aos ritos de cumprimento da sentença, já não bastando a
“mera” decisão judicial fundamentada). Veja-se, p.ex., a previsão pela qual, “[i]nstaurado
o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as pro-
vas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.”; oportunizam-se, é claro, outras “providências”
de caráter defensivo, como, v.g., o esvaziamento das contas bancárias pessoais e familiares,
antecipando penhoras eletrônicas...

Ora, em especial no processo do trabalho, “avisar” previamente os sócios da provável
desconsideração da personalidade jurídica da respectiva sociedade empresarial cor-



responderá, amiúde, ao comprometimento de todos os esforços executivos da parte ou do juiz. Então, cabe perguntar: a despeito da letra fria da lei, e tendo em conta as necessidades concretas do caso, o que substancialmente não pode ser infletido, sob pena de agressão à garantia constitucional do contraditório? Ou, noutras palavras, o que compõe o núcleo essencial irreduzível (= “Wesenskern”) da garantia constitucional do contraditório?

Pois bem. À luz das convenções internacionais e do marco civilizatório ditado pelas constituições contemporâneas mais influentes, pode-se aprioristicamente indicar quatro elementos mais íntimos, componentes do “Wesenskern” da garantia do contraditório:

- (a) a oportunidade formal de contraditório mínimo (independentemente do seu momento, desde que possa ser útil);
- (b) a possibilidade formal de informação mínima (o que abrange, portanto, o dever de motivação dos principais atos decisórios judiciais);
- (c) o caráter acusatório do devido processo penal;
- (d) o direito à defesa técnico-jurídica (exclusivamente no processo penal).

Respeitados, então, esses limites, e tendo em mira sobretudo o processo não-penal (e particularmente o processo do trabalho), quando e o que se pode infletir?

De regra, admite-se que a lei possa infletir a garantia do contraditório. Trata-se, pois, de aspecto obviamente sujeito ao poder de conformação do legislador ordinário, observados os metalimites imanentes já apontados. Assim, e.g., o artigo 3º, 2, do CPC de Portugal (anteriormente à reforma de 2013), após dispor que “[o] tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que [...] a outra [parte] seja devidamente chamada para deduzir oposição”, registrava de plano a possibilidade de inflexão legal, segundo as ponderações materiais que o legislador oportunamente fizer, desde que em caráter excepcional:

“Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida” (g.n.).

Na sequência (n. 3), concretizava uma das dimensões do princípio do contraditório, não sem novamente o excepcionar:

“O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” (g.n.).

Está claro, portanto, que a ordem jurídico-processual portuguesa admitia, como ainda admite, as figuras do contraditório mitigado, do contraditório eventual e do contra-

ditório diferido, que são todas inflexões formais da garantia do contraditório. É também o que sempre se passou no Brasil (conquanto sem tanta clareza legislativa) e, de regra, em todos os países cujos sistemas processuais admitem, em alguma hipótese, provimentos judiciais de urgência. “De lege ferenda”, aliás, o que recentemente se debateu no parlamento brasileiro foi precisamente a justa medida da intervenção do juiz para garantir o contraditório nos processos judiciais: se haverá de fazê-lo indiscriminadamente, como regra, ou se o interesse do Estado-juiz em promover o contraditório limitar-se-ia às situações de “hipossuficiência técnica”.

Mas descrevamos, ainda que brevemente, as três hipóteses-paradigmas de inflexão do contraditório. Como explicado alhures, o juiz está autorizado, no contraditório diferido, a julgar de plano o mérito da causa ou da questão, por meio de decisão provisória, com uma adequada inversão de fases: a parte afetada poderá exercer o contraditório, mas somente após a decisão tomada, podendo o juiz revê-la adiante. É o regime de contraditório reservado para as técnicas de antecipação de tutela (v.g., artigo 273 do CPC). No contraditório eventual, de outra parte, não se invertem as fases processuais, mas as próprias posições das partes no processo: elimina-se o contraditório do interior de um certo procedimento, transferindo-o para uma ação incidental (como se dá com os embargos do devedor nas execuções de títulos extrajudiciais) ou para uma ação independente, de caráter geral ou especial (como se dá, p.ex., nas ações de desapropriação).

Convém ainda reconhecer, ademais, a figura do contraditório mitigado. Em algumas hipóteses, tendo em conta a natureza dos interesses materiais envolvidos no litígio e/ou a urgência da decisão final, o legislador limita as matérias fáticas ou jurídicas passíveis de controvérsia processual. Engendram-se normalmente situações jurídicas muito delicadas, não raro suscitando dúvidas de constitucionalidade; mas, ainda assim, são em tese possíveis. No Brasil, p.ex., o DL n. 911/1969, ao regular aspectos materiais e processuais do contrato de alienação fiduciária em garantia no mercado financeiro e de capitais (artigo 66-B da Lei n. 4.728/1965) e da respectiva propriedade resolúvel (artigos 1361 a 1368-A do NCC), dispôs originalmente que “na contestação [da ação de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente] só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais” (art. 3º, §2º), e nada mais; não se poderia opor à pretensão de busca e apreensão, p.ex., a nulidade do contrato de alienação fiduciária. Mitigava-se, por força de lei, o contraditório possível; e mitigava-se mal. Daí que, por razões várias (envolvendo inclusive o critério da devida proporcionalidade, mal resolvido pelo legislador de antanho), sustentamos a inconstitucionalidade dessa mitigação. Hoje, melhor diríamos: havia inconstitucionalidade por malferimento dos metalimites dialógicos das inflexões formais do processo. Com efeito, o decreto-lei de 1969 restringiu o direito de defesa para privilegiar o crédito das instituições bancárias e financeiras, então os credores fiduciários por excelência. Logo, na contraposição concreta dos interesses materiais subjacentes (i.e., no juízo concreto de proporcionalidade), a solução legislativa carecia do elemento da proporcionalidade em sentido estrito: no fim das contas, sacrificava-se uma garantia individual do consumidor — geralmente hipossuficiente econômico em face do banco fiduciário — em prol do direito creditício-patrimonial de uma pessoa jurídica. E de fato, trinta e cinco anos depois, tais limitações ao contraditório foram finalmente revogadas, por força da Lei n. 10.931/2004.



Haverá ensejos, ademais, em que duas ou mais técnicas de inflexão do contraditório serão combinadas. No processo laboral brasileiro, p.ex., reza a CLT que, uma vez garantida a execução trabalhista ou penhorados bens a tanto bastantes, o executado terá cinco dias para apresentar os seus embargos à execução, sendo certo que “[a] matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida” (artigo 884, §1º). Admitindo-se, na esteira do que se passa no processo civil, que esses embargos à execução têm natureza de ação autônoma de impugnação, exsurge que o contraditório em sede de execução trabalhista exerce-se, nessa condição, de modo eventual (i.e., por meio de uma ação incidental) e mitigado (i.e., atendo-se a certas matérias). Outra vez, porém, objeções de constitucionalidade têm sido esgrimidas; e, por conta delas, são feitos naturais esforços de interpretação conforme. TEIXEIRA FILHO a propósito obtemperou — e com ele concordamos — que,

“[p]revalecesse o senso exclusivamente literal do preceito normativo trabalhista, sub examen, haveríamos de concluir que ao embargante seria lícito, apenas, alegar cumprimento do acordo ou da decisão, quitação ou prescrição da dívida, porquanto restringir significa limitar, circunscrever. A interpretação literal é, no entanto, a mais pobre das técnicas hermenêuticas, seja no particular ou no geral. Seria insensato supor, p.ex., que ao embargante fosse defeso alegar a inexigibilidade do título, a ilegitimidade de parte, a incompetência do juízo, o impedimento ou a suspeição do juiz, o excesso de execução e o mais, como se esses fatos não existisse no mundo jurídico. A riqueza e a amplitude da realidade prática não podem ser confinadas nos estreitos limites do art. 884, §1º, da CLT, sob pena de perpetrar-se, com isso, odiosa ofensa a direitos [fundamentais] legítimos do devedor. Se, para alguns, a particularidade de o legislador trabalhista haver pretendido limitar as matérias a serem suscitadas pelo embargante àquelas mencionadas no texto deveu-se à sua preocupação de permitir que a execução tivesse curso célere, para nós o fato deve ser atribuído a uma visão simplista (ou estrábica) da realidade em que o processo se desenvolve. O processo do trabalho pode ser simples sem ser simplório, assim como pode perseguir o ideal de celeridade sem sacrifício de certos direitos constitucionais essenciais à defesa dos interesses das partes. [...] A praxe, mais sábia que o legislador, vem permitindo que o embargante alegue matéria não relacionada no art. 884, §1º, da CLT, mas de alta relevância para o processo e para o próprio Judiciário” (g.n).

Revelam-se, outra vez, os metalimites dialógicos, desta feita pelo desatendimento do elemento da necessidade: para concordar praticamente a garantia do contraditório do réu e o direito do autor à efetividade executiva, com a fruição mais pronta possível de seus créditos alimentares (o que TEIXEIRA FILHO traduziu, no excerto, como “ideal de celeridade” do processo do trabalho), não é realmente necessário que as matérias de defesa se resumam àquelas do artigo 884, §1º, da CLT, já que até mesmo as defesas mais fadigas na prática — aquelas que exigem prova de fatos (com a oitiva de testemunhas) — estão tacitamente admitidas pela lei (§2º). Se até essas são cabíveis, fere a lógica do razoável que se suprimam do conteúdo dos embargos matérias eminentemente jurídicas ou aritméticas — ilegitimidade de parte, incompetência do juízo, excesso de execução, decadência, compensação tardia, inexigibilidade do título (matéria hoje obliquamente admitida no

parágrafo 5º, por força da MP n. 2.180-35/2001) etc. — que, a rigor, não exigem mais do que alguns parágrafos a mais de reflexão ao tempo da decisão judicial. Noutros termos, se é do devido processo substantivo que ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes (como é o contraditório, sem o qual não é dado privar pessoa alguma de seus bens ou liberdade), sem a devida proporcionalidade, então a restrição do artigo 889, §1º, da CLT restringe o “procedural due process” desproporcionalmente e, por consequência, não é possível interpretá-lo na sua estrita literalidade.

6. À guisa de conclusão

Resulta certo, portanto, que o legislador pode em tese dimensionar o contraditório, com maior ou menor liberdade. Pode diferenciá-lo, mitigá-lo e/ou condicioná-lo, conforme as características das pretensões materiais hipoteticamente tensionadas.

É de rigor concluir, ademais, que, não o fazendo adequadamente o legislador (como parece ter sido o caso, no PLS n. 166), e disso derivando prejuízo concreto a outros direitos e interesses jusfundamentais envolvidos (o que somente se aferirá “in casu”), o juiz poderá fazê-lo (i.e., infletir-lo: mitigá-lo, diferenciá-lo, condicioná-lo), “secundum legem”, “praeter legem” ou mesmo “contra legem”, mas sempre à vista dos interesses materiais em jogo, em juízos concretos de ponderação.

É como pensamos. E é como haverá de ser, tanto mais quando se lida com um processo que, para se servir subsidiariamente dos ditames do novo Código, terá de supor compatíveis as normas episodicamente incorporadas. Porque, afinal, não se deu, em relação ao artigo 769 da CLT, qualquer derrogação, e tanto menos a sua ab-rogação. Que tampouco poderia se dar, a bem da autonomia dogmática do Direito Processual do Trabalho.

7. Referências

ARENDDT, Hanna. **As Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. 6ª ed. São Paulo: Companhia das

Letras, 2006.

BACHOF, Otto. “**Der Richter als Gesetzgeber?**” In: *Tradition und Fortschritt im Recht: Festschrift zum 500 jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1977

BATISTA, Ovídio. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BERMUDES, Sérgio. **Inovações do CPC**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, Ideologias e Sociedade**. Trad. Elício de Cresci Sobri-



inho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. I.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia: Das bases romanas à Lei n. 9.514/97**. São Paulo: LTr, 1999.

FILHO, Manoel Antonio Teixeira. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009. v. III.

GALANTINI, Novella. **“Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova”**. In: Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria: Atti del convegno (Ferrara, 13-15 ottobre 2000). Associazione tra gli studiosi del processo penale. Milano: Giuffrè, 2002.

GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da Reforma do Processo Civil**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. v. I.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KOWARICK, Lúcio. **“Centro de cobiça”**. In: O Estado de S. Paulo, 29.01.2012, p.J-3.

PEDRO SAGÜÉS, Néstor. **La interpretación judicial de la Constitución**. Buenos Aires: Depalma, 1998.

ROMANI, Dagoberto. **“O juiz, entre a lei e o direito”**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./1998. n. 633.

SCHWARTSMAN, Hélio. **“Tão perto, tão longe”**. In: Folha de S. Paulo, 27.01.2012, p.A-2.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **“Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales”**. In: Constitución: Escritos de introducción histórica. Madrid: Marcial Pons, 1996.