

## 2. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo Código de Processo Civil Brasileiro

---

### The right to a prior hearing, the obligation to state reasons and the right to publicity in new brazilian Civil Procedure Code

(Autor)

**DANIELA GONSALVES DA SILVEIRA**

*Mestranda em Direito com ênfase em Processo Civil no Programa de Pós-Graduação em Direito PPGD - UFRGS. Bolsista CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq/UFRGS Processo Civil e Estado Constitucional. Advogada. [danielagsilveira@gmail.com](mailto:danielagsilveira@gmail.com)*

#### Sumário:

1. Introdução
2. Direito ao contraditório
  - 2.1 O contraditório como bilateralidade de instância
  - 2.2 O contraditório como direito de influência
  - 2.3 O contraditório no Estado Constitucional
  - 2.4 Análise das proposições textuais do novo CPC
3. Dever de fundamentação
  - 3.1 Como parâmetro de aferição da submissão do juízo ao contraditório
  - 3.2 A fundamentação destinada ao caso concreto
  - 3.3 A fundamentação destinada à ordem jurídica
  - 3.4 Análise das proposições textuais do novo CPC
4. Direito à publicidade
  - 4.1 A publicidade interna e a publicidade externa
  - 4.2 As relações entre publicidade, fundamentação das decisões e contraditório
  - 4.3 Análise das proposições textuais do novo CPC

## 5. Considerações finais

## 6. Bibliografia

### **Área do Direito:** Constitucional

#### **Resumo:**

Diante do contexto de aprovação do novo Código de Processo Civil, o presente trabalho apresenta estudo acerca do papel das partes e do juiz no processo civil, buscando verificar se o contraditório, o dever de motivação e a publicidade - elementos fundamentais para uma justiça civil em um Estado Democrático - sofreram grandes mudanças em relação à sua aplicação no Código de Processo Civil até então vigente. Além disso, busca-se analisar as proposições normativas que se encontram no novo Código, a fim de verificar se essas se enquadram na perspectiva de promoção de direitos em um Estado Constitucional.

#### **Abstract:**

With the promulgation of the new Brazilian Civil Procedure Code, this paper intends to analyze the changes in the roles of the judge of law and the stakeholders, examining whether the fundamental right to be heard, the obligation to state reasons and the right to transparency (essentials to secure justice and democracy in the rule of law) have been assured. In addition, this article seeks to verify if these new legal devices are in conformity with the prospect of promoting rights in a constitutional state.

**Palavra Chave:** Contraditório - Fundamentação - Publicidade - Código de Processo Civil - Estado Constitucional.

**Keywords:** Right to be heard - Obligation to state reasons - Transparency - Civil procedural code - Constitutional State.

**Recebido em:** 22.07.2015

**Aprovado em:** 28.08.2015

### **1. Introdução**

Antes de se adentrar ao estudo dos institutos apresentados, mostra-se importante delimitar que o presente trabalho é desenvolvido sobre determinado marco teórico, o que proporciona alguns entendimentos. Em primeiro lugar, entende-se que a jurisdição não pode ser o centro da teoria do processo, pois isso seria fundá-lo em uma perspectiva unilateral, que ignora a dimensão participativa que a democracia conquistou no direito contemporâneo. Além de não poder ser o ponto sobre o qual se constrói o processo, a jurisdição também não pode ter função somente declaratória. Isso porque ela, ao invés de declarar um direito previamente existente, trabalha, na verdade, na reconstrução da ordem jurídica mediante o processo. Daí a importância da participação das partes e do juiz neste processo, como legitimação democrática do direito reconstruído. Assim, a partir destas ideias - de colocar o processo como centro da teoria do processo, de pensá-lo como uma comunidade de trabalho, de valorizar a participação, o papel de todos que nele tomam parte -, confluímos à compreensão do processo civil a partir da fase metodológica do formalismo-valorativo, conforme proposto por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.<sup>1</sup>

Neste sentido, seria inadequado conceber o processo como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico. A estrutura que lhe é inerente depende dos valores adotados, é a adaptação da técnica do instrumento processual a um objetivo determinado.<sup>2</sup> Vale dizer, a conformação do processo é uma escolha de natureza política: o processo civil do Estado Constitucional elege seus

próprios valores a serem promovidos por meio de técnicas que também ele propõe.

O Estado Constitucional é concebido como Estado de Direito e Estado Democrático. O Estado de Direito funda-se na dignidade da pessoa humana, enquanto o Estado Democrático funda-se no valor da participação e da autodeterminação da sociedade. O Estado Constitucional, portanto, tem como fim a promoção da liberdade e da igualdade – para isso, como meio, necessita do controle do arbítrio e do poder estatal, erigindo a segurança jurídica como instrumento. Afirmar, então, que o processo depende de valores a serem adotados significa dizer, conforme ressaltam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, que o processo civil, assim como o Direito como um todo, é um fenômeno cultural. Assim, enquanto produto do homem, ele é formado por ideias, projetos, interesses sociais, econômicos, políticos. Significa dizer que direito e, por conseguinte, processo civil, são estratégias de poder construídos pela sociedade, com notas específicas de tempo e de espaço.<sup>3</sup> A partir do contexto de social de redemocratização que edificou a Constituição Federal de 1988, claramente se percebe que sua preocupação acerca do processo está no seu aspecto social, potencializando os meios postos à disposição do cidadão para sua luta contra a opressão política ou econômica.<sup>4</sup> Daí observa-se o vasto rol do art. 5.º, especialmente, que prevê diversos instrumentos e direitos fundamentais.

Estas diretrizes de natureza política, juridicizadas por sua introdução na Constituição Brasileira, influenciam de forma direta a conformação do processo civil. O caráter individualístico e liberal do Código de 1973 – que antes mesmo da promulgação da Constituição já se encontrava em contradição às linhas gerais do sistema constitucional do direito brasileiro – teve de ser superado por meio de legislação extravagante e reformas introduzidas na própria estrutura do Código.<sup>5</sup> É neste contexto que surge o novo Código de Processo Civil.

Neste sentido, a proposta deste trabalho é demonstrar como o contraditório, o dever de fundamentação e a publicidade, direitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1988, foram intensificados no novo Código se comparados ao Código Reformado.

## **2. Direito ao contraditório**

### **2.1. O contraditório como bilateralidade de instância**

O contraditório, juntamente com o direito à ampla defesa, é consagrado no art. 5.º, LV, da CF/1988, e constitui inegável condição do processo justo, iluminando toda a sistemática processual, seja civil, penal ou administrativa. No Brasil, o contraditório não foi contemplado nas Constituições de 1824, 1891 nem na de 1934, tendo ganhado assento apenas na Constituição de 1937. A fórmula então adotada, no entanto, limitava o espectro de aplicação apenas ao processo penal, o que se manteve nas Constituições de 1946 e 1967. Somente a Constituição de 1988 ampliou o contraditório aos processos civil e administrativo.

Tradicionalmente, o contraditório é definido no Brasil como direito da parte e vinculado à contraposição de argumentos antagônicos. Trata-se de a parte desempenhar um papel ativo no processo, envolvendo não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, mas também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Assim, compreende o direito de presença, de ser comunicado dos fatos processuais, e abrange as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao juiz, formular perguntas às testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente, entre outras. O intuito do contraditório é reagir e evitar posições jurídicas desconfortáveis. Significa, portanto, audiência bilateral; baseia-se no binômio conhecimento-reação.

O primeiro aspecto deste binômio é o direito de informação. Por óbvio, o contra-ataque de um dos sujeitos do processo depende da ciência necessária do gravame potencial ou ocorrido, estando, portanto, em posição inafastável do direito à publicidade. O segundo aspecto que compõe o núcleo essencial deste direito fundamental é a garantia de expressão, de reação no processo. As partes têm direito de

manifestar-se sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos. E, ao passo que a informação é imperativa, a reação é apenas possível, visto que não se pode impor o seu exercício, como no caso da revelia.

A definição exposta é correta, mas não suficiente para definir o direito fundamental ao contraditório. Faltam ainda elementos ao seu núcleo essencial. A visão do contraditório como mero binômio ação-reação remete ao modelo liberal de processo, ainda não imbuído claramente de seu caráter público, em que a análise do direito cabe exclusivamente ao juiz, que assiste passivamente à delimitação do objeto do processo e à instrução do feito, cabendo às partes, por sua vez, poderes sobre o andamento do processo, responsáveis pelas alegações de fato e produção das respectivas provas. Remete, também, ao cognitivismo interpretativo e à lógica dedutiva, em que há a mera declaração, pelo juiz, do direito posto. Para se configurar, porém, o direito ao contraditório, necessário se faz analisar outros aspectos que conformam seu núcleo duro, bem como a quem ele se destina.

## 2.2. O contraditório como direito de influência

Em uma comunidade de trabalho, todos os sujeitos processuais são corresponsáveis pela condução do processo e pela manutenção da higidez da relação processual. As partes devem contribuir de forma ética, com boa-fé e lealdade, para a resolução do conflito, enquanto sobre o juiz recaem os deveres de colaboração. A ele impõe-se a instauração de verdadeiro debate judicial sobre as questões discutidas no processo, impõe-se o empreendimento de esforços na busca da verdade.<sup>6</sup> Neste sentido, o processo é ambiente dialético, em que todos os sujeitos do Juízo concorrem para a formação de uma decisão justa.

É decorrência lógica afirmar, portanto, que o contraditório não se trata apenas de ação-reação, ato exclusivo das partes. O contraditório hoje é entendido como direito de influência: além de participar do processo, a parte influi no seu rumo. E, neste sentido, o contraditório não grava somente as partes, mas também o juiz: a ele é imposto um dever, o de se submeter ao contraditório. Isso significa que as partes têm direito de se manifestar sobre todas as questões do processo. Mais do que isso, significa que nenhuma decisão definitiva pode se apoiar em questão que não for anteriormente debatida pelas partes, mesmo quando versar sobre questões que o juiz possa conhecer de ofício. Veda-se o juízo de *terza via*, a decisão-surpresa. O contraditório, então, tutela a segurança jurídica do cidadão nos atos contra o Estado, na medida em que promove sua participação no processo de tomada de decisão.<sup>7</sup>

Se não só às partes mais se destina o contraditório, também não é mais possível dizer que às partes cabem somente as alegações de fato e a respectiva prova, tampouco que o juiz é passivo no âmbito probatório. A partir da adoção da perspectiva da participação democrática e das ideias de distinção entre texto e norma e da função reconstrutiva de significado legada ao intérprete, proporciona-se novos contornos ao direito ao contraditório, e, por conseguinte, à função outorgada às partes e ao juiz no processo. Se é participativa nossa democracia, se ao final do processo a decisão do juiz materializará uma escolha de um dentre vários os significados possíveis, no exercício de um poder político reconstrutor do direito, por que a atividade das partes estaria cingida à delimitação do objeto litigioso? Pelo contrário, as partes atuam ativamente na construção da decisão, não só expondo os fatos e delimitando o objeto litigioso da causa, mas também influenciando na identificação e na escolha dos significados, na reconstrução do direito, por meio da lógica argumentativa. O reconhecimento de tal direito às partes significa, de forma correlata, a imposição de deveres ao juiz, os deveres de colaboração – de consulta, de diálogo, de prevenção, de auxílio.

## 2.3. O contraditório no Estado Constitucional

Cabe ressaltar, ainda, que o direito ao contraditório, enquanto um dos direitos conformadores do direito ao processo justo, deve por vezes ser harmonizado com os demais elementos estruturantes desse, em especial o direito à tutela adequada e tempestiva. Em geral, o contraditório é prévio, vale dizer, as partes

são ouvidas antes da tomada de decisão pelo juiz. Pode ocorrer, contudo, de ser necessário adequar o procedimento e decidir de forma provisória, em nome da efetividade do direito. É o que ocorre, por exemplo, quando a tutela é prestada de forma antecipada. O que ocorre neste caso é a postergação do contraditório, dito diferido, o que não significa supressão do direito ao contraditório. Quando necessária a adequação da tutela jurisdicional em nome da efetivação da tutela do direito, esta medida não é excepcional, mas sim dever do juiz, verificada a presença dos pressupostos da antecipação de tutela.

A garantia do direito ao contraditório no Estado Constitucional, portanto, de forma sintética, exige que sejam observados: (a) a bilateralidade de audiência, ou seja, a oitiva de todas as partes no processo; (b) a conferência de o tratamento isonômico às partes; (c) a informação, a ciência, por todas as partes, de todos os atos processuais; (d) a possibilidade de reação, que impõe a oitiva das partes em momento em que ainda se faça possível suas considerações; (e) a possibilidade de influência no resultado, não podendo a manifestação da parte ser meramente formal, mas em momento e forma ainda eficazes e aptos a influenciar o resultado; (f) o direito de ver seus argumentos considerados, o que vai se refletir na fundamentação das decisões; a não surpresa às partes, de forma que as decisões se sustentem em questões previamente debatidas; e (g) a observância dos deveres de colaboração, boa-fé e lealdade processuais.

A garantia do contraditório, por fim, não tem respaldo somente no interesse privado das partes, mas também no interesse público de se chegar a uma decisão mais bem amadurecida, fruto de debate. É decorrência do entendimento que uma decisão judicial não serve somente às partes, mas também à ordem jurídica, mediante formação de precedente.

É fácil perceber, assim, que este acréscimo de conteúdo ao direito ao contraditório altera a dinâmica do processo, que passa do modelo liberal ao modelo do formalismo-valorativo. Estão presentes, portanto, os preceitos do Estado Constitucional: é promovida a dignidade da pessoa humana, uma vez que a parte não é mais tratada como objeto do processo, mas sim como parte do juízo, como ativo sujeito processual; são promovidas a liberdade e a igualdade entre as partes; e a segurança jurídica de fato atua como instrumento limitador do poder estatal.

#### 2.4. Análise das proposições textuais do novo CPC

É este conceito de contraditório, portanto – o que consolida o entendimento de processo justo no Estado Constitucional – que o novo Código de Processo Civil busca afirmar. Embora não sejam necessários textos legais para que se extraia a norma cujo conteúdo é a imposição de observação ao contraditório, tido nesta acepção forte, conforme ao Estado Constitucional, o novo Código de Processo Civil propõe diversos artigos que enunciam esta ideia.

Primeiramente, de forma inovadora em relação ao Código Reformado, o novo Código traz artigos que explicitam as ideias de boa-fé e colaboração no processo civil:

“Art. 5.º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Além disso, o novo art. 7.º substitui o antigo art. 125,<sup>8</sup> assegurando às partes tratamento paritário e adicionando de forma expressa, ainda, o contraditório:

“Art. 7.º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”

Dentre as demais novidades, estão os arts. 9.º, 10, 115, 135, 327, 371 e 961.

O art.9.º trata da vedação da decisão surpresa e regulamenta as possibilidades de contraditório diferido:

“Art. 9.º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;<sup>9</sup>

III - à decisão prevista no art. 701.<sup>10</sup>

No mesmo sentido, para os casos urgentes, o art. 962, § 2.º:

“Art. 962. É passível de execução a decisão estrangeira concessiva de medida de urgência.

§ 1.º A execução no Brasil de decisão interlocutória estrangeira concessiva de medida de urgência dar-se-á por carta rogatória.

§ 2.º A medida de urgência concedida sem audiência do réu poderá ser executada, desde que garantido o contraditório em momento posterior.

§ 3.º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional prolatora da decisão estrangeira.”

O art. 10, por sua vez, consolida entendimento de que mesmo as matérias que possam ser decididas por ofício estão sujeitas, obrigatoriamente, ao contraditório:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Importante acréscimo também é o art. 115, que esclarece as consequências da desobediência ao contraditório em casos de litisconsórcio unitário (que se pressupõe necessário) e litisconsórcio necessário simples, respectivamente, nos inc. I e II:

“Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:

I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

II - ineficaz, nos outros casos, apenas para os que não foram citados.

Parágrafo único. Nos casos de litisconsórcio passivo necessário, o juiz determinará ao autor que requeira a citação de todos que devam ser litisconsortes, dentro do prazo que assinar, sob pena de extinção do processo.”

O art. 135 prevê a necessidade de o contraditório estender-se ao sócio ou à pessoa jurídica em casos de chamamento ao processo:

“Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de quinze dias.”

O art. 329, ainda, versa sobre o contraditório a respeito da delimitação do pedido e da causa de pedir:

“Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do

réu;

II – até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com o consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.”

Ao tratar de ônus da prova, o Código inova com importante disposição no art. 371, § 1.º, ao afirmar a necessidade de respeito ao contraditório quando o ônus da forma for atribuído de forma diferente da prevista nos incisos deste artigo. Trata-se de vedação de decisão surpresa, em consonância com o já citado art. 9.º:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1.º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

(...)”.

Neste sentido, após breve análise do conteúdo expresso nos artigos do novo Código de Processo Civil, pode-se perceber, primeiramente, que o projeto de novo Código, diferentemente do Código Reformado – que não traz disposições expressas sobre o contraditório e só retira esta ideia de uma interpretação sistemática e conforme à Constituição – busca trazer textos legais que afirmem a necessidade de observância do contraditório. Mais do que isso, pode-se perceber também que há o reforço da ideia de contraditório forte, de direito de influência. Está claro nos artigos expostos, ainda, a ideia de que o juízo é, efetivamente, um ato de três pessoas, e que os sujeitos processuais, todos, estão submetidos ao contraditório, reforçando-o, portanto, como um elemento de legitimação democrática no processo e indispensável para a conformação do processo justo.

### **3. Dever de fundamentação**

#### **3.1. Como parâmetro de aferição da submissão do juízo ao contraditório**

O dever de fundamentação das decisões está intimamente ligado ao contraditório, uma vez que é por meio da fundamentação da decisão que se pode comprovar que ele foi devidamente observado. Estando nela expresso o posicionamento do juiz a respeito das questões debatidas pelas partes, é por meio dela que se revela se ele se submeteu ao contraditório ao longo de todo o *iter* processual, vale dizer, se o juiz se permitiu influenciar pelas alegações das partes. Dada tamanha importância, o dever de fundamentação é inerente ao Estado Constitucional, e foi positivado pela Constituição Federal de 1988 no inc. IX do art. 93, onde prevê que todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

O dever de fundamentação do juiz concretiza as duas características centrais da motivação das decisões: a justificação da norma jurisdicional para o caso concreto e a capacidade de orientação de condutas sociais.

#### **3.2. A fundamentação destinada ao caso concreto**

De um lado, portanto, a motivação está direcionada para o caso concreto, ligada à ideia de processo justo para as partes. Este aspecto endoprocessual da fundamentação está histórico e conceitualmente ligado, segundo Taruffo, ao racionalismo burocrático típico do Iluminismo, tendo como função facilitar a conexão entre a sentença e sua impugnação. Assim, sua função não seria só uma exigência de racionalidade do juízo, mas também uma exigência de racionalidade na administração da justiça.<sup>11</sup> Somente mais tarde é que o dever de fundamentação se tornou garantia, inspirado em razões advindas da ideologia democrática, e a motivação passou a consistir em um mecanismo capaz de assegurar o controle do povo sobre a atividade jurisdicional. Por estes motivos, a fundamentação, mesmo quando não expressa em Constituição, é dever inerente ao Estado Constitucional.

A este respeito, a primeira questão a ser abordada é a extensão do dever de fundamentação da decisão judicial. Para que seja considerada adequada, a fundamentação deve preencher determinados requisitos que tornam possível o controle dos fundamentos racionais da decisão. Segundo Taruffo, o primeiro destes requisitos é a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial. É neste momento que se dá última manifestação do contraditório;<sup>12</sup> ao expor as escolhas que levaram à decisão, necessariamente devem constar os fundamentos arguidos pelas partes, de forma que a fundamentação será parâmetro de aferição da submissão do juízo ao contraditório e do cumprimento do dever de debate a ele correlato.

As escolhas enunciadas devem versar sobre: a individualização das normas aplicáveis, o acertamento das alegações de fato; a qualificação jurídica do suporte fático e as consequências jurídicas decorrentes desta qualificação jurídica do fato.<sup>13</sup> Aqui a fundamentação trata de justificação externa da decisão: a análise do material fático-jurídico, com base na correspondência.

Em segundo lugar, a fundamentação deve conter o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados. Decisões em que se verifica contradição radical entre premissas e conclusões ou casos em que, ausente a contradição, não se pode, porém, verificar a decisão como uma consequência lógica dos pressupostos fáticos e jurídicos não podem ser entendidas como fundamentadas, já que a decisão não é controlável sob as razões que deveriam justificá-la. Trata-se aqui de justificação interna da decisão, baseada na lógica dedutiva e indutiva.

Por último, a justificação dos enunciados deve se dar com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta. Nesse critério, trata-se de aliar a justificação externa à interna. Consoante Taruffo, essa justificação desta ligação é indispensável, tendo em vista a exigência de controlabilidade. Considerando que a enunciação das escolhas é o resultado de terem sido feitas escolhas ou inferências – as quais são válidas se e na medida em que é verificável a validade destas escolhas e inferências, com base nas normas aplicáveis –, se a justificação se der de tal forma que não permita esta verificação (da validade das escolhas conforme as normas aplicáveis), é menor o fundamento racional da premissa sobre a qual repousa a decisão, o que, novamente, impede o controle da sua correção lógico-jurídica. Desta forma, Taruffo entende que todos estes requisitos são indispensáveis, pois a ausência de qualquer um deles torna impossível o controle da decisão, fazendo com que a fundamentação seja considerada inexistente e, por consequência, nula.<sup>14</sup>

Ainda a respeito da análise do dever de fundamentação a partir de sua destinação para o caso concreto, interessa também analisar a motivação diante de princípios, regras e postulados, de um lado, e também de conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas gerais, de outro, observando, em ambos os casos, a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional.

No terreno das fontes, pressupunha-se, no Estado Legislativo, que toda norma era sinônimo de regra, e os princípios eram entendidos como fundamentos para as normas, mas jamais como normas. No Estado Constitucional, entretanto, as normas articulam-se em três grandes espécies: princípios, regras e postulados. Os princípios ganham força normativa, vinculando seus destinatários, e são previstas normas que visam a disciplinar a aplicação de outras normas, chamadas de postulados normativos. Além disso,



no âmbito da interpretação jurídica, temos a separação entre texto e norma, donde decorre o carácter reconstrutivo de significado da atividade jurisdicional.<sup>15</sup>

Além disso, no campo da técnica legislativa, se passa de uma legislação redigida de forma casuística para uma redação que incorpora também a técnica aberta. Assim, os conceitos jurídicos indeterminados (que são espécie normativa com termo indeterminado no suporte fático e com consequência jurídica legalmente prevista) e as cláusulas gerais (que são as espécies normativas com termo indeterminado no suporte fático e sem previsão de consequência jurídica na própria previsão legal). Estas mudanças também implicam uma mudança no campo da fundamentação, uma vez que, para a aplicação de princípios e regras mediante postulados, e para a concretização de termos indeterminados, com eventual construção de consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas, é necessária uma fundamentação analítica, mais aprofundada.<sup>16</sup>

### 3.3. A fundamentação destinada à ordem jurídica

Por outro lado, o dever de fundamentação também é destinado à orientação de condutas sociais. Neste caso, trata-se de discurso ligado à unidade do Direito no Estado Constitucional, à coerência do sistema, à promoção da igualdade e da segurança jurídica. Afinal, somente por meio de uma decisão bem fundamentada é possível reconhecer as razões do julgado, identificar sua *ratio*, e estabelecer um precedente.

### 3.4. Análise das proposições textuais do novo CPC

Embora todos estes critérios de fundamentação citados sejam tratados pela doutrina, em busca de aplicação, eles não estão densificados no Código Reformado. Neste sentido, o novo Código busca positivar alguns dos critérios discutidos.

O grande destaque do novo Código de Processo civil é o art. 489, cujo conteúdo corresponde em parte ao art. 458 do Código Reformado. A novidade, que constitui o mérito proclamado, encontra-se nos §§ 1.º e 2.º do artigo – os quais, respectivamente, relaciona, por meio da negação, uma série de critérios definidores de uma decisão fundamentada, e afirma a necessidade de justificação da ponderação em casos de conflito entre normas:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1.º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2.º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3.º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Também se mantém a ideia geral de justificação das decisões, presente no *caput* do art. 11, cujo conteúdo corresponde ao art. 131 do Código Reformado:

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.”

A respeito da justificação das decisões que versam sobre antecipação da tutela, o art. 298 do novo Código reproduz o dever de justificação do art. 273 do Código Reformado, tornando expressa, ainda, a necessidade de a decisão ser fundamentada mesmo no caso de não concessão da antecipação:

“Art. 298. Na decisão que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada, o juiz justificará as razões de seu convencimento de modo claro e preciso.”

Deixam de estar presentes no novo Código a previsão dos arts. 165 e 459 do Código Reformado, que possibilitava ao juiz decidir de forma concisa em casos de sentença sem resolução de mérito e de decisões interlocutórias.

Por fim, como novidade, têm-se atenção à necessidade de justificação das decisões que modificam entendimento vigente, conforme § 4.º do art. 927:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

§ 4.º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou da tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

(...)”.

O que se pode notar, enfim, é a importância dada pelo legislador ao tema da justificação das decisões. Embora as previsões textuais sejam poucas, seu conteúdo é denso, buscando forçar a observação do direito fundamental à fundamentação das decisões, tão pouco observado nos dias de hoje e tão importante para a justiça do caso concreto e para a unidade do direito.

## **4. Direito à publicidade**

### **4.1. A publicidade interna e a publicidade externa**

A publicidade, lado a lado com a motivação das decisões judiciais, também cumpre dupla função: a publicidade interna, destinada ao caso concreto, como instrumento do direito à informação, permitindo, assim, a concreção do direito ao contraditório; e publicidade externa, com função destinada à ordem jurídica, mostrando-se apta a cumprir a missão de permitir, não só às partes do processo, mas igualmente a qualquer pessoa, a constatação concreta da lisura e da legalidade dos atos judiciais.

A concepção liberal do processo influenciou a noção historicamente atribuída à publicidade. Desta época advém a noção de publicidade tão somente como exigência de serem científicas as partes dos atos processuais capazes de prejudicar os seus interesses, fazendo dela um típico instrumento de garantia do contraditório – tido então como fraco, como direito de conhecimento e reação. Ocorre que, a partir da influência dos ideais democráticos próprios de um Estado Constitucional, também releva a publicidade externa, como forma de legitimação da jurisdição. A falta de publicidade externa faz da jurisdição um mero mecanismo privado de composição de litígios, afastando por completo o controle popular da atividade estatal e a ideia de coerência do sistema, com unidade entre as decisões.

Diante disso, duas são as previsões constitucionais a respeito do direito à publicidade: o inc. IX do art. 93, de caráter garantístico geral, que trata da necessária feição pública dos julgamentos do Poder Judiciário, e o art. 5.º, LX, de caráter funcional, tendente à sua restrição, ao admitir a relativização do direito à publicidade sempre que se mostrar necessária à preservação da intimidade ou do interesse social.

#### 4.2. As relações entre publicidade, fundamentação das decisões e contraditório

Se por um lado cumpre à motivação demonstrar a racionalidade dos julgamentos e sua conformidade ao diálogo travado, à publicidade incumbe, por outro lado, a tarefa de transparecer, interna e externamente, a lisura dos atos realizados em atividade jurisdicional. Desta forma, tanto a motivação quanto a publicidade são garantias que estabelecem entre si relação de complementaridade, de instrumentalidade recíproca, proporcionando ao processo sua necessária feição democrática.

Consoante lições de Taruffo, a garantia da publicidade só pode ser efetiva, por um lado, se a sentença for fundamentada; por outro, quanto à motivação, de nada ela serviria se não lhe fosse assegurada a publicidade.<sup>17</sup> O dever de fundamentação e o direito à publicidade, portanto, respondem à mesma exigência política, qual seja a de instaurar uma relação direta entre a administração da justiça e o ambiente social.

No processo, diversos autores categorizam a publicidade de diferentes formas. Parece-nos basilar, contudo, estabelecer que a publicidade pode ser geral, quando todos têm acesso ao conteúdo dos autos, ou restrita, quando apenas as partes e seus advogados têm acesso. Ainda, pode ser imediata, quando a presença é facultada no momento da prática do ato processual, ou mediata, quando só é público o resultado da prática do ato processual. A constituição, como vimos, permite que a publicidade seja restringida em nome da intimidade das partes ou em função de interesse social. É tarefa do legislador infraconstitucional densificar os casos em que a publicidade fugirá à regra e será restrita ou mediata.

#### 4.3. Análise das proposições textuais do novo CPC

No projeto do novo Código de Processo Civil, a publicidade geral e irrestrita fica mantida como regra. As exceções previstas no art. 155 do Código Reformado estão mantidas no art. 189:

“Art. 189. Os atos processuais são públicos. Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos:

I – em que o exija o interesse público ou social;

II – que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III – em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;

IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Parágrafo único. O direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante de divórcio ou separação.”

Os casos que tramitam em segredo de justiça ainda são tratados no art. 11:

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.”

Como inovação do novo Código, o art. 12 ordena o julgamento dos processos em ordem cronológica. A publicidade, expressa no § 1.º, é fundamental para que seja fiscalizado o novo sistema:

“Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1.º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

(...)”.

A alienação judicial, feita por leilão, tem regras específicas de publicidade, expressas nos arts. 880 a 888.

Importantíssima oportunidade deixou passar o legislador, entretanto, ao não incluir no novo Código de Processo Civil, o conteúdo do art. 190 do Projeto substitutivo da Câmara (PL 8.046/2010), que previa a necessária publicidade das reuniões informais realizadas entre juiz, parte e seus representantes.<sup>18</sup>

Para além dos artigos relacionados, o novo Código ainda procura adaptar-se à realidade do processo eletrônico, e define a forma de sua publicidade nos arts. 193 a 199.

Desta forma, percebe-se que, sem retirar do sistema as antigas normas que já previam o direito à publicidade, o projeto buscou densificar a publicidade de forma geral e imediata, além de buscar adaptar-se à realidade do processo eletrônico.

## 5. Considerações finais

Direito ao contraditório, à fundamentação das decisões e à publicidade são, portanto, direitos fundamentais que se interrelacionam, conformadores do processo justo e, por isso, elementos indispensáveis de uma justiça civil em um Estado Democrático como o Constitucional.

Atento a isso, o legislador infraconstitucional está, como perceptível pela análise destes pontos no novo Código de Processo Civil, buscando o aprimoramento do direito infraconstitucional, de forma a compatibilizá-lo com o direito constitucional. Por muitos anos, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a doutrina cumpriu seu papel de questionar as disposições e dar novo sentido ao direito processual civil, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, realizando diversas reformas no Código de 1973, a ponto de ressignificar sua estrutura e esse ficar conhecido como Código Reformado.

Como demonstrado, os estudos doutrinários dos últimos anos vêm refletidos neste novo Código, de elaboração democrática, densificando o entendimento de processo justo e idôneo à tutela dos direitos. Longe de ser um Código perfeito, tem o mérito de ter sido construído democraticamente, pelas mãos da doutrina, que tem, agora, oportunidade para, cumprindo sua função de promover o debate, aperfeiçoar o sentido das proposições textuais apresentadas pelo legislador.

## 6. Bibliografia

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 2. anno LX. aprile-giugno 2005.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. vol. 126. ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2005.

\_\_\_\_\_. *Nulidades no processo civil moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O contraditório cooperativo no Código de Processo civil. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 190. Brasília: Senado Federal, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia constitucional do contraditório no projeto do CPC: análise e proposta. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. vol. 38. Porto Alegre: Magister, 2010.

DIDIER JR, Fredie. Princípio do contraditório: aspectos práticos. *Revista Genesis de Direito Processual Civil*. n. 29. Curitiba: Genesis, 2003.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 24. mar. 2005.

HUNGRIA, Denise Ferragi. A realização dos princípios e valores do direito constitucional no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 28. ano 14. São Paulo: Ed. RT, 2011.

JOBIM, Candice Lavocat Galvão Jobim. O novo Código de Processo Civil: necessidade de compatibilizar o exercício do contraditório com a celeridade processual. In: *II Jornada de direito processual civil*, Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, Escola de Magistratura Federal da Região. Brasília: ESMAF, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil vol. 1: Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

\_\_\_\_\_. MITIDIERO, Daniel; e SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: *Prova cível*. C. A. Alvaro de Oliveira (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 206. São Paulo: Ed. RT, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Forense*. vol. 323. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

\_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis*. vol. I. ano I. Porto Alegre: Faculdades Integradas Ritter dos Reis, 1998.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PICARDI, Nicola. Audiatur et Altera Pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: *Jurisdição e processo*. Organizador e revisor técnico Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTES, Maira. A sistemática dos precedentes no novo Código de Processo Civil: algumas observações iniciais a respeito dos limites argumentativos da fundamentação. *Revista Judiciária do Paraná*. n. 7. ano IX. Curitiba: Bonijuris, 2014.

REDONDO, Bruno Garcia. Os deveres-poderes do juiz no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 190. Brasília: Senado Federal, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 32. ano 39. São Paulo: Ed. RT, 2014.

TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

### Pesquisas do Editorial

- A EXIGÊNCIA DE PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS NA PERSPECTIVA DO DIREITO AO PROCESSO JUSTO, de Luis Alberto Reichelt - RePro 234/2014/77
- RACIONALIDADE E DECISÃO - A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA, de Ronaldo Kochem - RePro 244/2015/59
- O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A ORDEM PROCESSUAL CIVIL VIGENTE, de Candido Rangel Dinamarco - RePro 247/2015/63
- DIMENSÃO DINÂMICA DO CONTRADITÓRIO, FUNDAMENTAÇÃO DECISÓRIA E CONOTAÇÃO ÉTICA DO PROCESSO JUSTO: BREVE REFLEXÃO SOBRE O ART. 489, § 1.º, IV, DO NOVO CPC, de Marcelo Veiga Franco - RePro 247/2015/105

---

#### FOOTNOTES

1.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

2.

Idem, p. 92.

---

3.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis*. vol. I. ano I. Porto Alegre: Faculdades Integradas Ritter dos Reis, 1998. p. 7.

---

4.

Idem, p. 148.

---

5.

Idem, p. 151.

---

6.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*. vol. 126. ano 30. São Paulo: Ed. RT, 2005.

---

7.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 648.

---

8.

“Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento; (...)”

---

9.

“Art. 309. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

(...)

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; (...)”.

---

10.

“Art. 700. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de quinze dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa. (...)”

---

11.

TARUFFO. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 334-335.

---

12.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 389.

---

13.

Idem, p. 467.

---

14.

TARUFFO. Op. cit., p. 467-470.

---

15.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; e SARLET, Ingo. Op. cit., p. 668.

---

16.

Idem, p. 669-670.

---

17.

TARUFFO. Op. cit., p. 407.

---

18.

Era o texto da proposta: "Art. 190. O juiz ou o relator determinará que seja dada publicidade ao comparecimento informal, junto a ele, de qualquer das partes ou de seus representantes judiciais, ordenando o imediato registro nos autos mediante termo, do qual constarão o dia, o horário da ocorrência e os nomes de todas as pessoas que se fizeram presentes.

§ 1.º O juiz somente poderá tratar de qualquer causa na sede do juízo ou tribunal, salvo nas hipóteses previstas no art. 217.

§ 2.º As disposições deste artigo se aplicam aos casos de comparecimento informal de membro do Ministério Público e de agentes da Administração Pública".