

ASPECTOS POLÊMICOS DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NO NOVO CPC

POLEMICS ASPECTS OF THE CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF THE CONTRADICTION IN THE NEW CCP

Luiz Rodrigues Wambier¹

RESUMO

O presente artigo se dedica a abordar os novos contornos introduzidos em nosso sistema jurídico pelo Código de Processo Civil de 2.015, com destaque para o princípio do contraditório. O novo estatuto processual, dando vazão ao princípio constitucional, ampliou o contraditório, com preocupação com a simplificação e efetividade da prestação jurisdicional. Da mesma forma, são elencadas as críticas doutrinárias existentes sobre o referido instituto.

Palavras-chave: Garantia Constitucional. Contraditório. Novo Código de Processo Civil. Aspectos polêmicos.

ABSTRACT

This article is dedicated to approach the new contours introduced in our legal system by the Code of Civil Procedure of 2.015, with emphasis on the principle of contradiction. The new procedural statute, giving effect to the constitutional principle, amplified the contradictory, with concern for the simplification and effectiveness of the jurisdictional provision. Likewise, the existing doctrinal critiques about this institute are listed.

Keywords: Constitutional Guarantee. Contradictory. New Code of Civil Procedure. Controversial Aspects.

1. INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL. Professor no programa de mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

O sistema processual inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, trouxe inúmeras alterações importantes nos métodos de prestação da atividade jurisdicional do Estado. Sem qualquer sombra de dúvidas, um dos pontos que merece nossa observação e reflexão é o que trata da sensível ampliação do contraditório. Certamente, os novos contornos dados a esse princípio trarão profunda simplificação do sistema, com inegáveis resultados no alcance da efetividade do processo. A efetividade da atividade desenvolvida no processo é meta imposta pela Constituição Federal, ao assegurar a todos o amplo acesso à justiça, o que significa que às partes deve ser prestada efetiva tutela jurisdicional, assim entendida a resposta do sistema jurídico que seja adequada, rápida e eficiente.

O art. 5º da CF, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais dispõe, no inciso LV, expressamente que: *"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"*.

É, portanto, garantia de sede constitucional, dotada daquilo que a doutrina chama de *eficácia plena*, constituindo-se em vetor indicativo da conduta a ser observada tanto pelo legislador quanto pelo juiz ou por quem tenha poderes decisórios, no plano administrativo, público ou privado.² Embora a previsão constitucional se constitua em norma dotada de eficácia plena, não se subtrai ao legislador infraconstitucional que a densifique, estabelecendo contornos claros, que não deixem qualquer margem para dúvida. O novo CPC, seguindo essa diretriz, não se limita à mera repetição da norma constitucional. Ele reitera, especifica e aprofunda a regulação dos princípios constitucionais, contendo amplo conjunto de normas que dão maior concreção ao contraditório.

² Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do contraditório "também indica garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo" (*Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79). No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que "o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todos os seus estágios e graus, como condição de paridade entre as partes. Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo" (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59). Ainda, no entender de Fredie Didier Jr., "o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder" (*Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. 1, p. 81).

2. INOVAÇÕES DO CPC DE 2.015

A primeira delas é a que está prevista no art. 9.º, segundo o qual não se proferirá decisão contra uma das partes sem que seja esta previamente ouvida. É a garantia da audiência prévia, diante de qualquer movimento capaz de resultar em decisão que contrarie os interesses da parte.

Inserido no mesmo contexto das garantias de acesso à justiça, igualdade e ampla defesa, o contraditório desvincula-se da noção de mera *ciência* e *reação* e passa a representar também a oportunidade de *plena participação* e de *efetiva influência* na formação do convencimento do órgão julgador, observando-se, ainda, a *paridade de armas*. Ou seja, deve-se dar às partes as mesmas condições para que possam influenciar a convicção judicial.³ A paridade de tratamento, todavia, não pode ser meramente formal. É preciso observar se as partes estão em situação de igualdade dentro do processo, concedendo-se a elas tratamento *substancialmente* igualitário.⁴

³ A respeito, v. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 1, p. 76-77.

⁴ José Roberto dos Santos Beda que exemplifica esse esforço do julgador: “O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes. Um deles, sem dúvida, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá evitar ele que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo. Essa interferência do magistrado não afeta de modo algum a liberdade das partes. Se o interesse controvertido incluir-se no rol dos chamados ‘direitos disponíveis’, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir. Todavia, enquanto a solução estiver nas mãos do Estado, não pode o juiz contentar-se apenas com a atividade das partes. A visão do ‘Estado-social’ não admite essa posição passiva conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas. Esse modo de analisar o fenômeno processual sobrepõe o interesse público do correto exercício da jurisdição ao interesse individual. Trata-se de visão essencialmente instrumentalista do processo. A *real igualdade* das partes no processo constitui valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual” (*Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 107). Prossegue (p. 117): “Ademais, quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo o conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar quem seja o vencedor, autor ou réu. Fundamental, porém, seja a vitória atribuída àquele que efetivamente tenha razão, isto é, àquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função”. No mesmo sentido, afirma Cândido Rangel Dinamarco que: “A visão tradicionalista do processo, com exagerado apego àquela ideia de um *jogo* em que cada um esgrima com as armas que tiver, levava à crença de que o juiz, ao tomar alguma iniciativa de prova, arriscar-se-ia temerariamente a perder a *imparcialidade* para julgar depois. Tal era o fundamento do *princípio dispositivo*, naquela visão clássica segundo a qual só as partes provariam e o juiz permaneceria sempre *au-dessus de lamêlée*, simplesmente recebendo as provas que elas trouxessem, para afinal examiná-las e valorá-las. Mas a vocação solidarista do Estado moderno (...) exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável do drama judiciário, não mero figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido

Por isso, tanto a legislação constitucional quanto a infraconstitucional contêm dispositivos destinados a nivelar o contraditório nos casos em que não há essa igualdade substancial. É o caso da assistência jurídica aos que dela necessitem; da nomeação de curador especial para o revel; da dilação dos prazos processuais quando, por exemplo, uma das partes apresentar um vasto número de documentos, tornando-se impossível para a parte contrária sobre eles se manifestar no exíguo prazo legal; da distribuição dinâmica do ônus da prova; da nomeação de intérprete para o depoimento da parte com deficiência auditiva que se comunique por meio da Língua Brasileira de Sinais etc.

Em suma, contraditório quer dizer que há, para os envolvidos no processo judicial ou administrativo, direito a dialogar com quem vá decidir, com o objetivo de efetivamente influir na construção do processo mental de tomada da decisão. E esse diálogo compreende também o dever de ciência e o correspondente direito de reação, tanto no que diz respeito ao pedido inicial quanto no que se refere aos atos do procedimento que ocorram em seguida. Além do dever de dar ao réu ciência da existência da ação contra si ajuizada, deve-se dar ciência de todos os atos processuais que se seguirem a todos os envolvidos no processo, *i.e.*, partes, assistentes simples e litisconsorcial, Ministério Público etc., concedendo-lhes a oportunidade de manifestação e de produção de prova e de contraprova.

Apesar do *iuria novit curia*, a garantia do contraditório implica não apenas a oportunidade de se alegar questões de fato, mas também de dar às partes condições de influenciar na formação do convencimento do juiz quanto às questões de direito. Nesse sentido é possível afirmar que a decisão judicial é construída tendo como método primeiro o exercício do contraditório.

Esse “dever de diálogo” do juiz com as partes é enfatizado no art. 10 do CPC/2015.⁵ Trata-se de regra que assimila o que parte da doutrina e setores da jurisprudência

exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não um *negócio combinado em família* (Liebman). Por tudo isso o *princípio dispositivo* vai sendo mitigado e a experiência mostra que o juiz moderno, suprimindo deficiências probatórias do processo, não se desequilibra por isso e não se torna parcial. Isso não significa que o juiz assuma paternalmente a tutela da parte negligente. O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade de alguma prova que as partes não requereram, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que a prova se produza” (*Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 353)

⁵Humberto Theodoro Júnior assevera que: “O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo

preconizam já há algum tempo. Prevê o dispositivo que nenhum órgão jurisdicional poderá decidir com base em fundamento de que não se tenha dado às partes conhecimento (direito à informação) e oportunidade de manifestação, mesmo que de matéria de ordem pública se trate. Ou seja, mesmo em matérias de que o juiz pode conhecer de ofício, a decisão somente poderá ocorrer posteriormente à informação para as partes e à abertura de prazo para eventual manifestação. Essa regra se constitui em saudável novidade, pois até recentemente se considerava inexistir qualquer necessidade de o juiz oportunizar o contraditório quando de decisão relativa à matéria de ordem pública. De fato, o processo civil não deve admitir mecanismos com potencialidade de surpreender a parte e a garantia do contraditório, como barreira que permite às partes se proteger contra qualquer *decisão surpresa*, alcança inclusive as questões que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz.⁶

configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado” (*Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1, p. 85). Desse modo (p. 86), “o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um *diálogo entre o juiz e as partes*, garantindo ao processo ‘uma atividade verdadeiramente dialética’, em proporções que possam redundar não só em um *procedimento justo*, mas também em uma *decisão justa*, quanto possível”.

⁶No mesmo sentido, Nelson Nery Junior explica que “a parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento (...), vale dizer, fatos que não esclareçam o porquê da decisão. Decorre diretamente da cláusula do *devido processo*, que integra o princípio do *due process of law* (art. 5º LIV), e do princípio do contraditório (CF, 5º, LV), a proteção das partes contra a *decisão surpresa*” (*Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 260). Com isso, (p. 261): “A proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de ‘terceira via’. Não que implique adiantamento do entendimento do juiz, pois isso seria pré-julgamento intolerável e inconstitucional, que macula a imparcialidade necessária para o juiz julgar a causa. Mas o juiz, como sujeito do processo, *terceiro imparcial*, equidistante das partes, deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso. Isso tem a ver, igualmente, com a boa-fé com que devem proceder os poderes públicos, agindo com transparência e imparcialidade. Tem-se reconhecido no poder-dever de o juiz dar conhecimento prévio às partes sobre a existência de questões de ordem pública, a respeito das quais poderá decidir *ex officio* – para que elas possam, querendo, tomar as medidas que entenderem adequadas –, não somente como decorrência da garantia do contraditório (proibição de decisão-surpresa), mas como limite à atividade do juiz no processo. Verificando o juiz que poderá decidir de ofício alguma questão do processo, deve propiciar às partes o conhecimento dessa situação, a fim de que os litigantes saibam da possibilidade de sobrevir decisão sobre aquelas questões, ainda que sejam matéria de ordem pública, a cujo respeito o sistema permite que o juiz decida sem que a matéria tenha sido provocada pela parte”. Alexandre Freitas Câmara confirma que: “O princípio do contraditório deve ser compreendido como uma dupla garantia (sendo que esses dois aspectos do contraditório se implicam mutuamente): a de participação com influência na formação do resultado e a de não surpresa. Em primeiro lugar, o contraditório deve ser compreendido como a garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo

Atos praticados sorrateiramente constituem verdadeira afronta ao art. 5.º, LV, da CF, e acarretam nulidade. Tanto é assim, que até mesmo o segredo de justiça não pode alcançar aqueles que integram a relação jurídica processual. Às partes e a seus procuradores é assegurado o acesso aos autos, inclusive obtendo certidões.

A rigor, poder o juiz decidir de ofício não implica dizer que possa ele decidir sem conceder a oportunidade de prévia manifestação às partes. Nesse sentido, além da regra geral da parte final do art. 10 do CPC, o parágrafo único do art. 493 determina que, se o juiz constatar de ofício algum fato novo que possa influir no julgamento do mérito, antes de decidir, deverá a respeito desse fato ouvir as partes. Essa mesma orientação aplica-se na instância recursal. Conforme dispõe o art. 933, se o relator constatar a ocorrência de fato posterior à decisão recorrida ou a existência de questão que possa ser apreciada de ofício, deverá intimar as partes para que sobre isso se manifestem no prazo de cinco dias.

Se antes o juiz assumia posição passiva em relação às partes, exige-se, agora, que ele aja ativamente para que o processo cumpra adequadamente sua função instrumental.⁷ É possível dizer que contraditório é a garantia de que haverá, entre juiz e partes, efetiva cooperação para que o processo alcance seus próprios objetivos, dentre os quais o da efetividade da jurisdição. Embora não se possa afirmar que a cooperação integra o contraditório, pode-se dizer, sem medo de errar, que se trata de princípios "coirmãos".

Outra inovação introduzida pelo novo Código, que igualmente consagra o princípio do contraditório e que merece destaque, diz respeito à metodologia de fundamentação das decisões, prevista no art. 489. Como já dito, o contraditório vai muito além do que mera *ciência* e *reação*. É o direito à plena participação e à efetiva influência sobre a formação do convencimento do juiz. No entanto, seria inócuo garantir às partes a oportunidade de

que o juiz produz uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo. Não é por outra razão que, nos termos do 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'. A decisão judicial, portanto, precisa ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo"(O novo processo civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10)

⁷ Para Cândido Rangel Dinamarco, a garantia do contraditório "significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios, Significa também que o próprio juiz deve *participar* da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz" (*Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 344).

participar e de influenciar a formação da convicção judicial se ao juiz não coubesse o dever de enfrentar todas as alegações relevantes trazidas ao processo.

Por essa razão, conforme prevêem os incisos do § 1.º desse dispositivo, não pode o juiz apenas indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem demonstrar a relação com a causa ou com a questão decidida. Considera-se também não fundamentada a decisão quando o juiz utiliza conceitos jurídicos indeterminados, sem indicar a relação com a situação concreta. Proíbe-se, igualmente, a prolação de decisão abstrata, em que o juiz lança mão de motivos que poderiam ser utilizados em qualquer outra situação. Ainda, não se considera fundamentada a decisão que não enfrenta todos os argumentos postos que poderiam ser capazes de influenciar a convicção judicial. Por fim, reputa-se não fundamentada a decisão que aplica precedente ou enunciado de súmula sem identificar os respectivos fundamentos nem demonstrar a adequação deles ao caso. Da mesma forma, não pode o juiz deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, sem demonstrar as razões pelas quais o caso se distingue do paradigma ou, ainda, por que a tese fixada se encontra superada.

O contraditório deve ser assegurado não somente no processo de conhecimento, em qualquer de suas ações (ou fases, como prefere o legislador: de conhecimento, de liquidação e de execução ou cumprimento).⁸No que diz respeito ao processo de execução, é dado ao devedor, por exemplo, ajuizar ação de nulidade do título ou oferecer embargos à execução. Já na ação de execução encartada no bojo do processo sincrético, oportuniza-se ao réu a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença.

Há situações, contudo, em que se questiona se há ou não certo enfraquecimento da garantia do contraditório. Optamos, neste espaço, por tratar de apenas algumas delas.

A primeira é a revelia. Assegurar o contraditório, em um primeiro momento, significa dar ao réu ciência da ação contra ele promovida e dar-lhe oportunidade de ser ouvido, ainda que não haja, por parte desse último, a efetiva manifestação. Há, isso sim, o dever de informar ao réu acerca das consequências da não apresentação de defesa tempestivamente. O contraditório se concretiza, nesse caso, quando o réu é citado para responder à ação e

⁸ Nesse sentido, cf. Leonardo Carneiro da Cunha. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 58.

expressamente informado sobre a incidência dos efeitos da revelia caso permaneça inerte. Mas, ainda que revel, não está o réu impedido de se manifestar no processo. Conforme dispõe o parágrafo único do art. 346, o revel está autorizado a intervir no processo a qualquer momento, recebendo-o no estado em que se encontra, sendo-lhe assegurada, inclusive, a produção de contraprova (art. 349). Além disso, em relação ao revel citado por edital ou com hora certa enquanto não constituído advogado, casos em que inexistente a certeza de que o réu efetivamente tenha tido ciência da existência da ação, e também para o réu preso revel, prevê o Código que o juiz lhes nomeará curador especial (art. 72).⁹

O mesmo se diga em relação ao julgamento antecipado do mérito quando o réu for revel. O contraditório, nessa hipótese, já terá sido assegurado ao réu quando citado e devidamente informado das consequências que sofreria caso não respondesse tempestivamente à ação. Segundo prevê o art. 355, II, o julgamento antecipado somente acontecerá quando ocorrerem os efeitos da revelia e não houver requerimento de prova. Os efeitos da revelia não incidem, a teor do que dispõe o art. 344, quando: havendo litisconsórcio passivo, algum dos réus apresentar contestação; o litígio versar sobre direitos indisponíveis; o autor não juntar instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; ou as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

No caso de improcedência liminar do pedido, dispõe o art. 332 que o juiz, nas causas que dispensem a fase instrutória, poderá julgar o pedido *independentemente da citação do réu*. Há, na doutrina, quem entenda não haver ofensa ao contraditório por tratar-se de situação em que a decisão será invariavelmente favorável ao réu e, por isso, estaria dispensada a concessão da prévia oportunidade de manifestação. Ou seja, não havendo prejuízo, não haveria que se falar em nulidade pelo fato de não se ter oportunizado o contraditório. Segundo o sentir deste autor, pensamos, e esse é o entendimento defendido desde o Código revogado, em comentários ao art. 285-A, não basta a inexistência de prejuízo para o réu para que o contraditório estejacumprido, pois essa garantia consiste

⁹ A respeito, ver José Roberto dos Santos Bedaque. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 64-66. Cf. também: Nelson Nery Junior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 280-281.

também no dever de informação e, por assim dizer, no direito de participar da construção de seu resultado útil.

Outra situação que merece destaque é a concessão de tutela de urgência ou da evidência *inaudita altera pars*. Também nesses casos não há, necessariamente, violação ao contraditório. Embora a medida seja concedida antes mesmo da citação, ao réu é concedida a oportunidade de se manifestar posteriormente, podendo, inclusive, manejar recurso de agravo contra a decisão que concedeu a tutela provisória (art. 1.015, I). O que ocorre, nesses casos, é que o contraditório é diferido, *i.e.*, postergado para um momento posterior, antes de o provimento tornar-se definitivo. Rigorosamente, o caráter provisório desse tipo de provimento também contribui para que não se caracterize ofensa ao contraditório.¹⁰

O último dos aspectos polêmicos do contraditório que nos propomos a tratar aqui é a prova emprestada. Como regra geral, a prova deve ser produzida no bojo do processo em que foram alegados os fatos. Porém, observadas determinadas condições, autoriza-se a utilização de prova produzida em outro processo (art. 372), conduzida ao segundo processo sob a forma de prova documental, independentemente do meio de prova de que se lançou mão para a sua produção no processo de origem. Para que se considere válida a prova emprestada, exige-se que ela tenha sido regularmente produzida em processo jurisdicional com cognição igual ou superior à do processo para o qual será transportada a prova e que à parte potencialmente prejudicada por tal prova tenha sido assegurado o contraditório nesse primeiro processo. Além disso, o contraditório também deve ser observado para a admissão, nesse segundo processo, da prova emprestada. Assim sendo, ainda que a prova emprestada

¹⁰ Sobre o tema, Nelson Nery Junior entende que: “Há, contudo, *limitação imanente* à bilateralidade da audiência no processo civil, quando a natureza e a finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso da antecipação da tutela de mérito (CPC/1973 273), do provimento cautelar, das liminares (no CPC/1973) ou da tutela provisória (no CPC/2015) em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (CDC 81 par. ún.) e ação civil pública. Isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Neste caso, existe o contraditório, que fica *diferido*, postergado para momento posterior do procedimento. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo. Essa limitação não fere o princípio da bilateralidade da audiência, dizíamos, porque ditada no interesse superior da justiça, dado que em certas ocasiões a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na efetivação da medida solicitada poderiam resultar na ineficácia da atividade jurisdicional. Essa potencial ineficácia, se caracterizada, viria ofender o princípio da paridade das partes no processo, de sorte que o *periculum in mora* autoriza a concessão da medida liminar” (*Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 276).

seja admitida por razões de economia processual, sua validade depende da verificação das garantias fundamentais, entre as quais o contraditório.¹¹

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

São muitos, portanto, os benefícios desse redimensionamento que o novo CPC dá ao contraditório. Há muitas críticas aos novos dispositivos, fundamentalmente no sentido de que a necessidade de contraditório prévio à decisão a respeito de matéria de que possa o juiz conhecer de ofício causará maior demora no procedimento, com prejuízo para a razoável duração do processo. Discordo dessa afirmação e já sustentei em diversas oportunidades que, se o processo é moroso, isso certamente não se deve a alguns dias a mais, destinados ao exercício pleno de garantia constitucional. Há outras questões estruturais e culturais como, por exemplo, a burocracia ou os "tempos mortos", de que fala a doutrina, que efetivamente dão causa à morosidade.

Além do mais, deixando de existir decisões não antecedidas de contraditório, haverá, ao menos em tese, possibilidade de redução do volume de recursos interpostos desse tipo de decisão, em que se alega, precipuamente, violação ao contraditório. A redução de recursos por meios legítimos e que não se afastem das garantias constitucionais é desejada por todos que esperam, com isso, maior organização e dinamicidade da atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVERE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.

¹¹ A respeito, cf. Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 249-250. Ver também: Nelson Nery Junior. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 281-283.

FREDIE DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1.

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.

LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012.

LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI. **Curso avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 1 e 2.

NELSON NERY JUNIOR. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

Recebido em: 20.11.2016

Aprovado em: 19.12.2016