



Enunciado da Enfam mostra juízes contra contraditório do novo CPC

03/09/2015

É praticamente unânime a doutrina contemporânea em atribuir ao contraditório enfoque de destaque.

No direito estrangeiro, há décadas, sua aplicação viabiliza uma garantia de ampliação do diálogo para formação de pronunciamentos judiciais com melhor qualidade e, conseqüentemente, gerando-se, para as decisões em geral, a diminuição das taxas de reforma recursal, com maior eficiência e qualidade, e para as decisões dos tribunais maior estabilidade e coerência pela análise de todos os fundamentos jurídicos relevantes, com redução da jurisprudência lotérica e da litigiosidade embasada em entendimentos frágeis e superficiais provocados pela ausência de um contraditório dinâmico.

Sua regulamentação no novo Código de Processo Civil é uma promessa de mudança em prol da evolução do processo civil brasileiro. O legislador apercebeu-se de que a jurisdição é legitimada pela participação, a envolver todos os atores processuais, cada qual segundo seus limites de atuação, em especial as próprias partes, que deixam de ser meramente alvo para se tornarem artífices da decisão judicial. Fez-se opção pela transparência, valorizando desdobramentos que primam por uma estratégia cuja tônica é a influência e não surpresa. Contraditório forte representa respeito à democracia, implica garantia contra o arbítrio estatal também verificado no âmbito da atuação do Poder Judiciário.

Sob outro enfoque, se percebe que a falta de debate fomenta o protagonismo judicial que acaba prejudicando a própria magistratura, constricta a resolver sozinha todos os dilemas da sociedade, sem poder contar com subsídios adequados oriundos da atuação dos profissionais da advocacia. Por isso, buscou-se, com a nova legislação, concepção de fortalecimento de todos os sujeitos processuais.

O novo CPC traz encampado, assim, a escolha por um processo civil participativo, no qual não há espaço para velharias como o adágio *iura novit curia*, incentivador de uma prática judicial que suplementa o papel do juiz, fazendo dele responsável supremo pelos rumos da decisão judicial.

Contraditório substancial e *iura novit curia* são incompatíveis, cada qual situado em paradigmas filosóficos destoantes, o primeiro compromissado com a intersubjetividade, enquanto o segundo afeto à filosofia da consciência. Quis-se, de todo modo, implementar-se no Brasil saldos doutrinários conquistados nas últimas décadas. A palavra de ordem é racionalizar a prática judiciária, torná-la participativa, com resultados coerentes e íntegros, eliminando-se dela persistentes resquícios metafísicos.

É verdade que nem tudo são flores nesse jardim. Há problemas graves a serem enfrentados e que pressagiam despontar justamente em função da nova legislação processual, cuja entrada

em vigor se aproxima. Entretanto, é inegável que um passo decisivo, e seriíssimo, foi dado pelos deputados e senadores, depois de quase 5 anos de tramitação do projeto de novo CPC no Congresso Nacional, representado pelo que reza o artigo 10, um de seus dispositivos mais festejados. A sua leitura não poderia ser mais fácil e translúcida, a indicar que as partes (por intermédio dos seus advogados) têm o direito de debater sobre fatos e direitos, influenciando de forma ativa na construção dos pronunciamentos jurisdicionais. Ali, naquele dispositivo, o legislador fez uso conscientemente da expressão “fundamentos”, cuja generalidade aloja de uma só vez fundamentos fáticos e *jurídicos*.

Não há como ser diferente, ao menos na perspectiva de um contraditório que se propõe funcionar para além da mera bilateralidade formalista de audiência. É preciso ter em mente que, no âmago jurídico, não se tem, em suas formas puras, fato e direito, porque o fato só ganha existência a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, ao passo que este não guarda qualquer interesse concreto senão no instante em que se trata de aplicar o fato. É lição antiga, da lavra de Castanheira Neves, a indicar que juristas pensam o fato sempre como matéria do direito, e quando refletem sobre o direito sempre estão a pensar como forma destinada ao fato.^[1] Participação efetiva, com respeito ao contraditório em suas feições dinâmicas, só há quando a decisão judicial derive das teses debatidas no palco processual pelos litigantes, às quais correspondem a um amálgama entre fatos e direitos.

Mas no Brasil nada é simples. Por mais que a doutrina de cabeceira procure demonstrar que o direito-não-pode-ser-meramente-aquilo-que-os-tribunais-dizem-que-ele-é,^[2] setores há que se mostram resistentes e se apegam a um conservadorismo sem respaldo constitucional. É difícil apontar as justificativas da “queda de braço”, mas não se pode desprezar razões consequencialistas (com supostos fins de facilitação do trabalho judicial), ignorância acerca das implicações envolvidas na mudança, apego à comodidade e mesmo motivos afetos ao prestígio pessoal e à manutenção de poder.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), em evento recentemente realizado, intitulado *O Poder Judiciário e o Novo CPC*, aprovou enunciado (Enunciado 1) que desdenha todo o ganho democrático que se pretendeu legislativamente com a implantação, no direito posto, do contraditório substancial. O que se verifica em seus termos é de arrepiar, e chega a surpreender até setores da doutrina mais descrentes em transformações reais. Este o teor do enunciado referido: “*Entende-se por ‘fundamento’ referido no art. 10 do CPC o substrato fático que orienta o pedido e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.*”

Mencionado evento envolveu parcela da nata da magistratura brasileira: dele participaram 500 magistrados das esferas federal e estadual. Em específico, no que tange ao grupo responsável pela propositura de enunciados sobre o contraditório, o substrato que conduziu seu trabalho situou-se na “preocupação de flexibilizar amarras tidas como muito rígidas impostas aos magistrados em várias situações pelo novo modelo de processo participativo” (*assista aqui*).

Algumas considerações pontuais que fazemos como desabafo:

i) Tudo isso é deveras simbólico. Magistrados reunidos para “flexibilizar” amarras que lhes foram impostas pelo novo modelo participativo de processo, surgido de forma legítima, *via processo legislativo constitucional*. No que diz respeito ao enunciado aludido, a palavra “flexibilizar” é imprópria, pois o que se constata ali é a tentativa patente de limitar, *por intermédio de uma estratégia institucional extralegal*, as possibilidades democráticas de um comando normativo correspondente a um dos alicerces desse novo CPC. E por que isso? A razão, como já sublinhado, é macular o trabalho legislativo que, na visão daqueles que apoiaram o enunciado, impõe à magistratura amarras excessivamente rígidas. Para nós brasileiros a lei é nada mais que mera *sugestão*. Gasta-se uma fortuna com o funcionamento do Congresso Nacional e o resultado são textos ficticiamente vinculantes. Aqui se pode tudo e mais um pouco. O “intérprete” não permite que o texto antes lhe diga algo para, só depois, atribuir-lhe sentidos.[3] Enunciados legais são mudos e camaleônicos, pouco importando seus limites semânticos porque prevalece mesmo é aquilo desejado pelo intérprete assujeitador. São espécie de brinquedo gelatinoso, resiliente e maleável, que a tudo tolera, podendo ser comprimido, esticado, partido e aumentado. De novo, e sempre, o problema do ativismo judicial, agora revestido sob a forma de enunciados elaborados por magistrados e que poderão ser empregados amiúde (e acriticamente) no cotidiano forense. *O texto legal diz mas a magistratura desdiz*. E assim seguimos, caminhando para trás.

ii) A finalidade desse enunciado, e de outros que lhe aperfeiçoam, foi ceifar sentidos cujo respeito aproximaria processo civil e democracia. Vê-se aí um retrocesso ao projeto constitucional democrático, e o que é ainda pior, encampado pela rebeldia daqueles a quem foi atribuído o papel de “guardiões da Constituição”. E se exatamente aqueles a quem o Novo CPC impõe o dever de zelar pelo *efetivo* contraditório (CPC-2015, artigo 7º, parte final) assim se pronunciam oficialmente, menos preocupados com a Constituição do que com a suposta eficiência quantitativa de sua atividade, é fácil divisar o cenário que nos espera: permaneceremos, a predominar esta *pitoresca* interpretação, reféns de um contraditório que existe só “para inglês ver”, mera formalidade que passa ao largo de qualquer compromisso com a tomada participativa das decisões.

iii) O próprio evento promovido pela Enfam, circunscrito à participação de magistrados, já é emblemático e, por si só, até dispensaria a elaboração do malfadado Enunciado 1. É que, se o contraditório não implica influência das partes na construção das decisões judiciais, nada mais adequado que a magistratura se unir e definir, sozinha, os sinais de orientação com os quais deverão trabalhar juízes de todo o Brasil ao lidar com o novo CPC. Os juízes decidem como se deve interpretar cada qual dos dispositivos processuais, formando seus enunciados, e nós, os cidadãos-utentes da jurisdição, curvamo-nos comodamente àquilo por eles deliberado (!?).

iv) Se a expressão “fundamento” refere-se apenas ao substrato fático que “orienta o pedido”, o que fazer então com a parte final do artigo 10, que exige manifestação das partes inclusive sobre matérias apreciáveis de ofício? Desde quando prescrições, decadências, ausência de pressupostos processuais dizem respeito a “suportes fáticos que orientam o pedido”? Quer dizer que as matérias de “ordem pública” continuam impermeabilizadas ao contraditório, a despeito do que instituem o artigo 10 do novo CPC e

a própria Constituição? Poder-se-ia imaginar que o enunciado não está formulado com exatidão. Isso não deixa de ser verdade! Mas também não se pode desprezar o desejo de implodir o edifício legislativo, minando a doutrina que ergueu o contraditório a condição de garantia de influência e não surpresa.[4] Basta verificar que há, entre os enunciados aprovados, outros que seguem linha semelhante de entendimento.

v) O Enunciado 3, por exemplo, estabelece a desnecessidade de ouvir as partes quando a manifestação delas *não puder influenciar na solução da causa*. Então ao que tudo indica o contraditório não é mais um direito, e sim espécie de *favor* concedido ao litigantes segundo o talante do juiz. É ele, o juiz, quem define quando se deve ou não instaurar o contraditório. Cabe a ele, exclusivamente, a decisão sobre *premiar* ou não as partes com a possibilidade de debate. Se sua consciência lhe sugerir, em dada situação, que o contraditório é dispensável, ele então despreza-o. Afinal, já estará convencido de antemão, e o que importa é o seu pensamento. Novamente o livre convencimento e seus efeitos deletérios. E a Constituição Federal sendo tratada como mísera folha de papel. Parece que se desconhece até mesmo a existência de vieses cognitivos (*cognitive biases*): deturpações de julgamento que qualquer decisor está submetido por inúmeros fatores (como a incerteza ínsita ao julgamento e a exiguidade de tempo) que o diálogo em contraditório viabiliza mitigar (*debiasing*).[5] Entre estes *vieses*, por exemplo, o “de confirmação” (*confirmation bias*) estabelece uma tendência para testar uma hipótese, procurando por casos que confirmem sua pré-compreensão solitária[6] ao contrário de procurar a resposta correta do caso,[7] resultando de um procedimento cognitivo (heurística) baseado em expectativas e na tendência natural dos seres humanos para ver o que eles esperam ver. [8] Partindo-se do pressuposto destes enunciados, o diálogo processual proporcionado pelo contraditório substancial (artigo 10) seria desnecessário, pois o juiz inatamente estaria isento dessas contaminações cognitivas que pesquisas no mundo inteiro atestam existir.[9]

vi) O Enunciado 6, de sua vez, define não constituir julgamento surpresa àquele lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório. Aqui a proposta enunciativa, fazendo coro com o Enunciado 1, traz a lume a concretização do *iura novit curia*, embora expressada em terminologia mais refinada. É a vetusta ideia, já espezinhada noutra parte, de que às partes cumprem delinear o quadro fático sobre o qual a decisão deve incidir, porém o enquadramento jurídico é intrínseco à judicatura, tarefa que cabe unicamente aos juízes, porquanto são eles, e ninguém mais, os que “conhecem o direito”.

Enfim, o passado nos assombra. O povo, por intermédio de seus representantes eleitos, decidiu aprimorar o processo civil e nele implantou um contraditório de orientação substancial, mas parte de um grupo de juízes reunidos resiste ao novo paradigma processual. E o faz sobretudo escorado em supostas (e discutíveis) razões de cunho utilitarista, não porque o comando legal em questão afronta a Constituição, o que nem de longe é o caso. Não deixa de ser algo paradoxal, pois é a magistratura quem haveria de armar-se na linha de frente em favor da empreitada, já que seus julgamentos devem primar-se pela constitucionalidade e legalidade.

A desesperança só não atinge pontos alarmantes porque as propostas aprovadas pelo Enfam não se traduzem na opinião de todos os juízes brasileiros, tanto que 21% dos presentes

no encontro reprovaram o Enunciado 1. Quer-se crer que essa porcentagem, ali minoritária, seja representativa da maioria dos juízes atuantes no Brasil.

De qualquer forma, sobra à doutrina o papel central de apontar incoerências na tentativa, quem sabe, de corrigir, por pouco que seja, as dificuldades vislumbradas no horizonte e gerar o constrangimento epistemológico necessário. E ela não dorme, como demonstra recentíssimo artigo publicado na revista **Consultor Jurídico** por Lenio Luiz Streck ([ver aqui](#)). Haja fôlego e motivação!

[1] NEVES, Antonio Castanheira. *Questão de-fato, questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

[2] STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>>.

[3] STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[4] NUNES, Dierle. Princípio do contraditório. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. mai.-jun./2004. CABRAL, Antonio do Passo. “Il principio del contraddittorio como diritto d’influenza e dovere dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, anno LX, n. 2, apr.-giug. 2005. NUNES, Dierle. Direito constitucional ao recurso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. NUNES, Dierle. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência e não surpresa. *REPRO*, v. 168. Fev./2009. THEODORO JR, NUNES, BAHIA, PEDRON. Novo CPC: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

[5] Para uma introdução sobre o tema: FONSECA COSTA, Eduardo José. Algumas considerações sobre as iniciativas judiciais probatórias. *RBDPro 90*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 153-173.

[6] RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. *The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion*, 90 Calif. Law Review. 1, p. 9, 2002.

[7] NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio; BAHIA, Alexandre. Precedentes no Novo CPC: é possível uma resposta correta? *Revista Justificando*. 2015. Acessível em: <http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/>



[8] RISINGER, D. Michael; SAKS, Michael J. *The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion*. Cit.

[9] LARRICK, Richard P. *Debiasing. Blackwell Handbook Of Judgment And Decision Making*. Derek J. Koehler & Nigel Harvey eds., 2004.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-set-03/enunciado-enfam-mostra-juizes-contraditorio-cpc/>