

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 promulgado em 16 de março de 2015 e em vigência desde o último dia 18 de março de 2016, desperta inquietações e curiosidades, obrigando a todos a um estudo atento e aplicado às suas novas exigências. Assim, a primeira justificativa para trabalhar um tema do CPC/2015 é a de se inteirar nos novos mecanismos processuais, a fim de aplicá-las com retidão e para a boa condução dos procedimentos desta seara.

Por conseguinte, a pesquisa sobre este tema procura fugir de duas tendências que existem e que parecem, à vista deste trabalho, equivocadas: a) primeiro, aquelas visões que teimam ver no CPC/2015 uma mera modificação de normas processuais, suprimindo umas, criando outras, refazendo o lugar das demais. Para muitos, o CPC/2015 passou por simples reforma material, sendo, em verdade, que o Código é, total, substancial e verdadeiramente *novo*.

Em segundo lugar, b) outra tendência se resume ao encarar o contraditório como mera possibilidade de direito, ou, mais grave, como apenas uma ficção jurídica, circunscrevendo tão somente ao dizer e contradizer formal entre as partes, ou uma bilateralidade de audiência, que em nada muda o raciocínio e fundamentos de um juiz ao proferir uma decisão.

O artigo procurará oferecer elementos que reforçam a importância de uma nova postura ante o CPC/2015, em sua estrutura, revela um conjunto de premissas fortes e consistentes, que partem da Constituição, relacional e harmonicamente. E, como consequência deste corpo forte de premissas, o CPC/2015 se mostra como um sistema lógico, que se integra, devidamente, no campo dogmático do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao lado do justo processo legal, entendido como chave de leitura e interpretação do CPC/2015, a pesquisa dará centralidade do princípio do contraditório, compreendendo-o como mecanismo eficaz do justo processo. O contraditório é, portanto, um instituto extremamente importante, quiçá fundamental para que o CPC/2015 alcance toda sua potencialidade, e no qual o processo justo seja critério e fim. Afinal, como se quer desenvolver neste artigo, em um Estado de Direito que se quer Constitucional, Democrático, o contraditório, enquanto garantia de influência e não surpresa no CPC/2015 representa um dos mais importantes núcleos da atual dinâmica processual civil.

2. DA METODOLOGIA UTILIZADA

A metodologia empregada para o desenvolvimento da pesquisa baseou-se no método descritivo e analítico que permitiu a abordagem, análise e conceituação das categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento dos temas relativos ao ônus da prova sob o viés do justo processo no âmbito do Código de Processo Civil de 2015.

Partindo de uma revisão de literatura baseada na releitura dos principais doutrinadores que versam sobre a temática proposta e, ainda, mediante uma análise aprofundada do arcabouço jurídico da distribuição dinâmica do ônus da prova e do justo processo onde se realizou um exame conceitual dos aspectos relacionados à temática. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas necessárias para a elaboração adequada do trabalho, além dos conceitos de ordem dogmática que foram utilizados.

3. ABORDAGEM TEÓRICA

Desde o artigo 5º, inciso LV e artigo 93, IX da Constituição Federal, o princípio do contraditório foi alçado como garante da influência das partes no provimento decisório do juiz. Esta visão entende que, no processo, não basta o conhecimento, a técnica e a decisão do magistrado, como se este fosse o único responsável para fazer justiça aos litigantes. É pelo contraditório substancial, assim regulado no CPC/2015, que os sujeitos participam ativamente do processo, como verdadeiras “partes”, com influência efetiva na causa e, por esta razão, capazes de evitar as decisões-surpresa.

Dentre as grandes mudanças do CPC/2015, destacam-se a importância efetiva dos princípios, principalmente os constitucionais, na interpretação e aplicação do Processo; a superação de um modo de fazer o direito processual mediante uma concepção formalista do direito; o uso dos meios consensuais para resolução de conflitos e a tarefa judicial de interagir o processo de modo mais próximo possível da realidade e com o alcance do justo. Nas palavras de Theodoro Júnior, Nunes *et alii*:

A análise do Direito processual civil depende de uma concepção adequada do conjunto de princípios e regras processuais existentes na Constituição da República Federativa do Brasil, advertindo que não existe uma única linha teórica para explicar as relações do processo civil com o Texto Maior (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 36).

Acredita-se que esta forma de organizar e interpretar o CPC/2015 proverá o ordenamento jurídico brasileiro de uma codificação atualizada, que guarda a coerência da

norma como fonte primária do Direito, vista na órbita constitucional, da qual retira a validade e a eficiência. Não apenas isto: o CPC/2015 procura restabelecer as linhas adequadas do “devido processo legal”, pelo qual o Estado atua determinadamente para realizar provimentos jurisdicionais consoantes à Constituição e, por isso, para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, assim o legislador do CPC/2015, primeiramente, destacar que há a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, inclusive como direito fundamentais¹. Em seguida, considera que a doutrina passa a examinar as normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais, valendo-se, para tanto, do repertório teórico desenvolvido pelos constitucionalistas. Intensifica-se cada vez mais o diálogo entre processualistas e constitucionalistas, com avanços de parte a parte.

Sobre este artigo 1º do CPC/2015, esclarece Didier Júnior:

O artigo enuncia a norma elementar de um sistema constitucional: as normas jurídicas derivam da Constituição e devem estar em conformidade com ela. Essa norma decorre do sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição Federal. Embora se trate de uma obviedade, é pedagógico e oportuno o alerta de que as normas de direito processual civil não podem ser compreendidas sem o confronto como texto constitucional, sobretudo no caso brasileiro, que possui um vasto sistema de normas constitucionais processuais, todas orbitando em torno do princípio do devido processo legal, também de natureza constitucional (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 47).

A observância necessária de um processo que crie e fomente instrumentos para prestação jurisdicional rente e adequada à realidade fática subjacente às demandas e conflitos, na órbita dos direitos e valores constitucionais, realiza a transcendente passagem de um “devido” para um “justo processo legal”.

Conforme expressam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes *et alii* (2015, p. 19):

A sistematização do Código mediante premissas forte é uma de suas grandes características, especialmente após inovações trazidas durante sua tramitação na Câmara dos Deputados. Assim, o Novo CPC somente pode ser interpretado a partir de suas premissas, **de sua unidade**, e especialmente de suas normas fundamentais, de modo que não será possível interpretar/aplicar dispositivos ao longo de seu bojo sem levar em consideração seus princípios e sua aplicação dinâmica (substancial) (grifos do original).

¹ Segundo Didier Júnior (2015) as normas que consagram direitos fundamentais têm imediata aplicação, conforme expressa o §1º do artigo 5º da Constituição Federal. Isso obriga o legislador a criar normas processuais sobre este diapasão a fim de que, entre tantas coisas, sejam adequadas à tutela das situações jurídicas elencadas dentre os direitos fundamentais. Para Nunes e Bahia (*in*: THEODORO JÚNIOR.; CALMON; NUNES, 2010, p. 25), a não observância destes princípios torna “nulas decisões que forem tomadas”.

Portanto, o CPC/2015 monta um verdadeiro novo sistema processual. Engana-se quem ainda insiste em dizer que houve apenas modificação na lei, supressão de artigos, mudança na ordem ou criação de alguns institutos. O legislador procurou estabelecer, claramente, que o CPC/2015 deverá atender, especificamente, a aplicação de um processo que fortaleça os princípios republicanos do Estado Democrático de Direito referenciados na Constituição Federal, no horizonte do justo processo legal.

Há de se destacar a centralidade que o CPC/2015 dá grande centralidade ao princípio do contraditório, para o alcance de resultados técnicos e constitucionalmente adequados. Decerto, a garantia de efetiva participação das partes como forte elemento de influência é fator legítimo e constitutivo de um Estado Democrático de Direito amparado sob a égide do justo processo legal.

Deste modo, nesta renovada e atual sistemática do Processo Civil, mediante o CPC/2015, o princípio do contraditório, em suma, não se circunscreve mais ao dizer e contradizer formal entre as partes, à mercê do julgamento inexorável de um magistrado. Realiza-se, na ordem processual brasileira, o “policentrismo processual” (NUNES, 2008), uma vez que o contraditório

garante uma simetria de posições subjetivas, além de assegurar aos participantes do processo a possibilidade de dialogar e de exercitar um conjunto de controles, de reações e de escolhas dente dessa estrutura. (FAZZALARI, 1958, p. 869, *apud* NUNES, BAHIA *et alii*, 2016, p. 221)

Com efeito, deve ser afastada a ideia de que a participação das partes em um processo seja, apenas, mera ficção jurídica. O contraditório é, em verdade, um corolário que efetiva a boa-fé processual, ao permitir um “jogo” com igualdade de armas e condições. Ao mesmo tempo, é entendido como consequência da cooperação, insistida no CPC/2015 em seu artigo 6º, de modo que concretize a aspiração maior da justiça, mediante uma sentença prolatada em tempo hábil e que, em si, encerre uma decisão justa. Enfim, ao contraditório efetivo, a determinação de realizar a ordem isonômica do processo e de todo o Direito, a fim de assegurar às partes paridade de tratamento em todos os procedimentos (competindo tudo isso ao zelo do juiz), segundo exegese do artigo 7º do CPC/2015.

A assunção dessa concepção normativa do princípio do contraditório permitiria a instauração de uma renovada perspectiva isonômica de sua atuação processual. Esta não buscaria uma identidade entre as funções desempenhadas por todos os sujeitos processuais, mas sim o estabelecimento da ótica da consideração e da interdependência entre eles, uma vez que, na hipótese de assunção dessa concepção do contraditório como garantia de

influência, assegura-se uma correção normativa das decisões, que mitigará o uso de argumentos estratégicos de viés autoritário, persuasivo; e se permitirá que, na imensa maioria das situações, somente argumentos normativos (decorrentes do debate) sejam utilizados no momento da fundamentação (THEODORO JÚNIOR., NUNES, *et alii*, 2015, p. 125).

Este é o espírito do CPC/2015: traduzir o contraditório como ferramenta eficaz para a produção dos provimentos judiciais, especialmente a sentença, de modo que seja um processo participativo e que produza efeitos em torno dos valores da igualdade e da legalidade. Um processo justo: não no sentido subjetivo do conceito, mas enquanto garante dos princípios constitucionais e do Estado Democrático. Que observe o direito material à luz da efetiva tutela jurisdicional, que efetiva a equidade na composição dos conflitos e que supere a visão de um processo como um ato solipsista e inquestionável de um juiz.

Portanto, a grande inovação do CPC/2015 está no modo de conceber uma formalidade devida aos procedimentos e meios do processo, fazendo com que estes se estruturam, interpretem-se e sejam executados consoantes os ditames jurídicos, axiológicos e sociais do modelo constitucional do processo. Para isso, todo o Processo Civil brasileiro vale-se a partir de procedimentos democráticos, destacando-se, especialmente, o princípio do contraditório, entendido como efetivo direito de agir, participar e colaborar no andamento processual (BRASIL; MARTINS, 2016, p. 30).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 373, §§ 1º e 2º do CPC/2015 recepcionou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova conferindo um importante instrumento conferido ao juiz de busca da verdade material nas hipóteses de impossível ou excessivamente difícil a produção da prova pela parte a quem originariamente recairia tal encargo dando relevo aos princípios do acesso à justiça, do contraditório e da igualdade material.

Devido ao caráter subsidiário e excepcional, a técnica da dinamização do ônus da prova somente deverá ser aplicada judicialmente quando o juiz perceber eventual possibilidade de desfecho injusto para o processo, decorrente da necessidade de tomada de decisão exclusivamente com base nas regras ordinárias de distribuição dos encargos probatórios, para que se torne uma técnica processual capaz de promover a isonomia entre as partes e, assim, efetivar decisões justas, isto é, que assegurem a tutela judicial do direito material violado. Na mesma linha de raciocínio, Rodrigues (2015, p. 56), Cambi (2015, p. 109).

O processo cooperativo, conquanto sem paralelo exato no CPC/1973, decorre do espírito e dos postulados que emanam da Constituição Federal, partindo de seu preâmbulo, quando enuncia que se está a instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Portanto essa postura cooperativa no âmbito do processo civil está justamente ligada à concretização da liberdade e da igualdade e do compromisso de todos com a solução pacífica e justa dos conflitos (MEDEIROS NETO; MACHADO, 2016, p. 177).

Desta feita, o devido processo legal compreendido como justo processo, não pressupõe tão somente a aplicação adequada do direito positivado e infraconstitucional. É mister que esta modalidade de processo enquanto justo reconheça o espaço inegociável e sempre tempestivo da vontade soberana das regras e princípios constitucionais, que são, por sua vez, tradução jurídica dos valores, identidade e fins de determinado contexto social e de seus sujeitos, individualmente. Não é forçoso, tampouco impertinente repetir que a Constituição é o padrão valorativo e critério de validade das demais leis (BRASIL; MARTINS, 2016, p. 51).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil. **Código de Processo Civilde 2015**. Publicado no Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015 e atualizado pela Lei 13256/2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 mar. 2016.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL, Deilton Ribeiro; MARTINS, Leandro José de Souza. **O constitucional princípio do contraditório efetivo e sua releitura no atual Código de Processo Civil**. 1. ed. Pará de Minas: Virtual Books Editora, 2016.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo - RePro**, ano 40, vol. 246, ago. 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, p. 75-99, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 8).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (Curso de Processo Civil, vol. 1).

MEDEIROS NETO, Elias Marques; MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. Princípio da cooperação no processo civil. In: **Revista Thesis Juris - RTJ**, São Paulo, vol. 5, nº1, p. 163-191, jan.-abr. 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo - RePro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 40, vol. 240, fev. 2015.

THEODORO JÚNIOR., Humberto; CALMON, Petrônio NUNES, Dierle (Coord.). **Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

THEODORO JÚNIOR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.