

5

*Fernando Horta Tavares*  
[Org.]

---

*Novas fronteiras do estudo do*

# DIREITO PRIVADO

---

 editora  
D'PLÁCIDO

**NOVAS FRONTEIRAS DO  
ESTUDO DO DIREITO PRIVADO**  
VOLUME 5

**Fernando Horta Tavares**  
[Org.]



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2017, Os Autores.

**Editor Chefe**  
*Plácido Arraes*

**Produtor Editorial**  
*Tales Leon de Marco*

**Capa, projeto gráfico**  
*Tales Leon de Marco*

**Diagramação**  
*Christiane Morais de Oliveira*  
*Bárbara Rodrigues da Silva*  
*Enzo Zaquie Prates*  
*Leticia Robini*

**Editora D'Plácido**  
Av. Brasil, 1843, Savassi  
Belo Horizonte – MG  
Tel.: 31 3261 2801  
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,  
por quaisquer meios, sem a autorização prévia  
do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

Novas fronteiras do estudo do direito privado -vol. 5- TAVARES, Fernando Horta.  
[Org.] -- Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.  
ISBN: 978-85-8425-677-8

1. Direito Civil 2. Direito Privado. 3. Direito. I. Título. II. Artigos

CDU342

CDD342

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



# SUMÁRIO



---

## **Capítulo 1** **11**

A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO NOVO  
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Artur Humberto Zoteli de Araújo*  
*Isabela Fonseca Alves*

---

## **Capítulo 2** **27**

A IMPORTÂNCIA DA FASE PREPARATÓRIA PARA A OBTENÇÃO DE UMA  
DECISÃO JUDICIAL FUNDAMENTADA NOS MOLDES DO ARTIGO 489 DO  
CPC/2015

*Isadora Mendes Penna Amorim*  
*Isabella Fonseca Alves*

---

## **Capítulo 3** **43**

O ADVOGADO COMO ELEMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO NO  
NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA VISÃO CRÍTICA DO *JUS*  
*POSTULANDI* EM FACE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

*Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida*  
*Érica Alves Aragão*  
*Evelyn Peixoto de Mendonça*

---

## **Capítulo 4** **57**

DIREITO DO TRABALHO E O ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

*Cássio Murilo Silva*  
*Braian Santos Costa*

---

**Capítulo 5** **79**

A PROVA DO DIREITO ESTRANGEIRO NO BRASIL

*Daniela Miranda Duarte  
Igor Alves Tavares*

---

**Capítulo 6** **95**

ARBITRAGEM INTERNACIONAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO  
PROCESSUAL DO TRABALHO

*Daniela Miranda Duarte  
Igor Alves Tavares*

---

**Capítulo 7** **107**

A EXCLUSÃO DO AGRAVO RETIDO COMO TENTATIVA  
DE SOLUÇÃO PARA A MOROSIDADE PROCESSUAL

*Ana Carolina Nunes Rodrigues  
Luana Alessandra Fernandes Proença  
Carlos Henrique de Moraes Bomfim Junior  
Danielle Dinalli de Jesus  
Roberto Apolinário de Castro Junior*

---

**Capítulo 8** **125**

UNIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL DA TUTELA ANTECIPADA  
E PROCESSO CAUTELAR

*Daiane Kely dos Reis  
Mirelle Stéfani da Silva  
Carlos Henrique de Moraes Bomfim Junior  
Danielle Dinalli de Jesus  
Roberto Apolinário de Castro Junior*

---

**Capítulo 9** **147**

DO ERRO SOBRE OS ELEMENTOS NORMATIVOS DAS LEIS PENAIS NO  
DIREITO PENAL ECONÔMICO

*Frederico Horta*

---

**Capítulo 10** **177**

A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

*Henrique Avelino Lana  
Angélica Batista*

**Capítulo 11** **199**

---

A PERDA DE UMA CHANCE NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

*Henrique Avelino Lana  
Cassiana Vitória Guedes Oliveira da Silva  
Luísa Pires Domingues*

**Capítulo 12** **221**

---

ALGUNS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 12.441, DE 11/07/2011.

*Henrique Avelino Lana  
Raquel Cristine Pereira Ribeiro*

**Capítulo 13** **233**

---

PONDERAÇÕES ACERCA DA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E CABIMENTO DE RESPONSABILIZAÇÃO NAS RELAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

*Henrique Avelino Lana  
Luísa Vieira Rosado Pimenta*

**Capítulo 14** **249**

---

REFLEXÕES SOBRE ALGUMAS PREMISSAS E PRINCÍPIOS DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA E FALÊNCIA

*Henrique Avelino Lana  
Angélica Batista*

**Capítulo 15** **265**

---

PONDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE E SUA POSSÍVEL APLICAÇÃO NA SEARA MÉDICA

*Henrique Avelino Lana  
Cassiana Vitória Guedes Oliveira da Silva  
Luísa Pires Domingues*

**Capítulo 16** **289**

---

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

*Regiane Pereira Silva  
Bárbara Natália Lages Lobo*

---

**Capítulo 17** **309**

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA: ANÁLISE DA LICITUDE E REFLEXÕES  
CRÍTICAS SOBRE O INSTITUTO

*Regiane Pereira Silva*  
*Nívia Gabrielle Rodrigues de Almeida*  
*Orientadora: Bárbara Natália Lages Lobo*

---

**Capítulo 18** **329**

MULTIPARENTALIDADE: A FUNDAMENTAÇÃO DOS  
JULGADOS BRASILEIROS

*Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes*  
*Gabriela Mattos Martins de Lima*

---

**Capítulo 19** **345**

ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DA LEI 13.010/14 À LUZ  
DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes*  
*Lúisa Alvim Monteiro de Paula*  
*Marcela Cléa Couto de Carvalho*  
*Vanessa Guimarães Pereira*

---

**Capítulo 20** **357**

APLICABILIDADE DO DANO MORAL NO ABANDONO AFETIVO PATERNO

*Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes*  
*Ana Beatriz Assis*  
*Luane Kelles Custodio*  
*Mariana Karla de Faria*

---

**Capítulo 21** **373**

MULTIPARENTALIDADE: REQUISITOS DE AFERIÇÃO

*Paulo Eduardo Diniz Ricaldoni Lopes*  
*Déborah Kristina Souza Tavares*

---

**Capítulo 22** **391**

A EXCLUSÃO DE CONDÔMINO COM REITERADO COMPORTAMENTO  
ANTISSIONAL

*Carolina Calhau de Castro e Andrade*  
*Milton Carlos Rocha Mattedi*

**Capítulo 23** **407**

---

CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL E A INCIDÊNCIA DA SUCESSÃO  
TRABALHISTA

*Fernando Batista dos Santos*  
*Larissa Araújo Flávio*  
*Milton Carlos Rocha Mattedi*

**Capítulo 24** **433**

---

A INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Larissa Silva Oliveira*  
*Nathália Roberta Fett Viana Medeiros*

**Capítulo 25** **451**

---

AMICUS CURIAE E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA  
ANÁLISE DA INOVAÇÃO NORMATIVA

*Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida*  
*Evelyn Peixoto de Mendonça*

**Capítulo 26** **465**

---

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ALIENAÇÃO PARENTAL

*Bárbara Murta Mota*  
*Camila Gomes de Oliveira*  
*Larissa Maria da Trindade*

**Capítulo 27** **503**

---

REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES  
DE CONSUMO: A FINALIDADE PEDAGÓGICA, O ENRIQUECIMENTO  
ILÍCITO E A EFICÁCIA DAS SENTENÇAS

*Amanda de Oliveira Silva Pinto*  
*Bárbara Brum Nery*

**Capítulo 28** **527**

---

A DESCONTINUIDADE DOS SERVIÇOS E O DANO RECORRENTE NA  
VIDA DO CIDADÃO

*Fabio Rui Scalzo do Nascimento*  
*Ana Karen Barbosa Nunes*



---

**Capítulo 29** **541**

A FLEXIBILIDADE DO PROCESSO ARBITRAL NA FASE INSTRUTÓRIA E O SEU CONTROLE PELO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

*Diego Prado da Silveira*  
*Ana Karen Barbosa Nunes*  
*Natália Ferreira Procópio*

---

**Capítulo 30** **557**

A SISTEMÁTICA DO CONTRADITÓRIO NO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ÉGIDE DO NOVO CPC

*Lília Gomes Oliveira*  
*Ana Karen Barbosa Nunes*

---

**Capítulo 31** **573**

A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE À LUZ DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH

*Ivna Maria Mello Soares*  
*Saulo Cerqueira de Aguiar Soares*

---

**Capítulo 32** **589**

A IMPRECIÇÃO TEMÁTICA DO INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA: Da precariedade redacional à conveniência do decisor

*Gabriel Gomes Grateki*  
*Roberta Frattesi Porichis*  
*Antônio Aurélio de Souza Viana*

---

**Capítulo 33** **607**

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E A GARANTIA FUNDAMENTAL À COGNIÇÃO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

*Diego Prado de Silveira*  
*Antônio Aurélio de Souza Viana*

---

**Capítulo 34** **625**

UMA ANÁLISE REFLEXIVA SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA POSSÍVEL DESCONSIDERAÇÃO ATÉCNICA

*Henrique Avelino Lana*  
*Angélica Batista*

---

**AUTORES** **641**

# O ADVOGADO COMO ELEMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA VISÃO CRÍTICA DO JUS POSTULANDI EM FACE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

3

*Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida<sup>1</sup>*

*Érica Alves Aragão<sup>2</sup>*

*Evelyn Peixoto de Mendonça<sup>3</sup>*

## 3.1. INTRODUÇÃO

As normas são construídas com base nas relações sociais, assim, se diz que o ordenamento jurídico é temporal e em constante construção, considerando que reflete anseios da sociedade na contextualização histórica. Nesse sentido, constata-se que o processo legislativo retrocede em relação à ordem social, de modo que necessita ser ressemantizado.

O Código de Processo Civil de 1973, inevitavelmente, sofreu diversas alterações, sendo evidente a necessidade de sua reforma. Assim, buscando uma forma de se ajustar a ordem processual brasileira democratizada, foi promulgada a Lei 13.105 de 2015, a qual instituiu o novo Código de Processo Civil.

Diversas foram as inovações implementadas com o novo dispositivo normativo, as quais merecem atenção dos juristas para que se realizem a correta subsunção da norma abstrata ao caso concreto.

Neste sentido, o presente trabalho tem o intuito de analisar uma das diversas mudanças ao tratar do entrelaçamento entre a indispensabilidade

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador FAPEMIG. E-mail: danielevangelista@gmail.com

<sup>2</sup> Orientadora: Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. E-mail: ericatoc@gmail.com

<sup>3</sup> Orientadora: Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pós-graduada em Direito Processual Civil pelo CAD – Centro de Atualização em Direito e advogada militante. E-mail: evelynmendonca@bol.com.br

do advogado como fator democratizante do processo e o artigo 10 do Novo CPC.

Referida disposição legal aprimorou o princípio do contraditório, impondo ao magistrado o dever de decidir a causa com base no que as partes invocaram nos autos (motivação das decisões), sem que, com isso, inove no processo, ou seja, trabalha-se agora com a ideia do princípio da não surpresa como referência no processo civil.

O direito brasileiro permite o *jus postulandi*, hipótese na qual o cidadão litiga sem a presença do advogado, profissional técnico habilitado juridicamente ao ajuizamento de ações em nome próprio ou de outrem.

A ausência do advogado importa em discrepância técnica para a parte, porque este é o profissional responsável pela adequada desenvoltura processual. Sendo assim, é necessária cautela ao analisar o *jus postulandi*.

Partindo-se de tais considerações, inicialmente será abordado o instituto do *jus postulandi*, analisando-se o seu contexto histórico bem como suas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro. Adiante, no capítulo terceiro, será evidenciada a necessidade do advogado no processo civil, tendo em vista a sua função ser indispensável, mormente em se considerando a faculdade de influenciar na decisão por meio de sua participação técnica.

No quarto capítulo será analisado o artigo 10 do novo CPC em conjunto com o princípio do contraditório. O princípio da não surpresa é caracterizado por afastar decisões inesperadas e imprevistas, por isso é de suma importância para as partes.

### **3.2. JUS POSTULANDI**

A capacidade de postular pretensões em juízo é denominada *jus postulandi* ou direito de postular. No Brasil, em regra, a capacidade postulatória é atribuída ao advogado, profissional que possui qualificação técnica processual para tanto.

A expressão latina – *jus postulandi* – pode ser traduzida, de forma livre, como direito de postular, ou seja, o direito de agir (o que inclui o direito de falar) perante o órgão judicial, o que, no sistema processual brasileiro, é conferido aos advogados. (PEREIRA, 2011, p. 82).

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 133, é clara ao estabelecer que “o advogado é indispensável à

*administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*” (BRASIL, 1988).

Da mesma forma, o Código de Processo Civil de 1973, alinhado à Constituição da República de 1988, preconiza a essencialidade da figura do advogado ao estabelecer no artigo 36 que “*a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado [...]*” (BRASIL, 1973).

Entretanto, existem algumas exceções no ordenamento jurídico pátrio que atribuem às próprias partes o direito de postular suas pretensões em juízo, sem a presença de um advogado, caracterizando-se o *jus postulandi*.

Destarte, é necessária a análise cautelosa do referido instituto para que o exercício do contraditório não seja obstado, uma vez que apenas o advogado, em tese, seria capaz de realizar uma defesa técnica dos interesses das partes de maneira a satisfazer a garantia do devido processo legal preconizada pela Constituição da República de 1988.

### 3.2.1. *Jus postulandi: breve reflexão histórica*

Os tribunais populares criados na Grécia antiga possibilitavam que qualquer do povo postulasse perante estes tribunais, uma vez que as figuras dos advogados, juízes e promotores sequer existiam. As pessoas litigavam perante centenas de jurados que se valiam de discursos e estratégias possíveis na defesa de seus interesses por meio de oradores.<sup>4</sup>

Entretanto, a origem do direito de postular, sem a presença do advogado, remonta ao Direito Romano, porque naquela época era permitido que o indivíduo, facultativamente, constituísse ou não um advogado para a proteção dos seus interesses.

No Direito Romano, o *jus postulandi* aparece em três momentos distintos, quais sejam: o período da *legis actiones*, em que não se vislumbrava qualquer possibilidade de representação processual; o período do processo formular, em que se passa, pela primeira vez, a admitir-se a representação processual, à qual cabe a posição de querelante, suportando pessoalmente os reveses de uma sentença desfavorável àqueles que o nomearam; e o período do processo extraordinário,

---

<sup>4</sup> Importante ressaltar que os autores divergem quanto ao marco histórico do advogado, pois há quem diga que no terceiro milênio antes de Cristo já se consagravam categorias de pessoas aptas a operacionalização do Direito, assumindo funções específicas de composição, colaboração de litígios, como a figura do advogado. (SOARES; BRÉTAS, 2011, p. 165).

em que se verifica a figura do advogado como atualmente concebida. (PEREIRA, 2011, p. 97).

Desde a Roma antiga a figura do advogado é de suma importância na vida em sociedade. Naquela época, o advogado tinha por missão a defesa daqueles que, por serem hipossuficientes e inocentes, acabavam sendo vítimas de injustiças de todos os gêneros.

Daí decorre a afirmação de que “[...] o *instituto jus postulandi* tem como prerrogativa primeira facultar às partes a possibilidade de praticar os atos processuais sem que necessitem, obrigatoriamente, da presença do advogado”. (PEREIRA, 2011, p. 97).

No Brasil, referido instituto tem origem na fase administrativa do Direito do Trabalho, instituído pelo direito da parte de postular e acompanhar administrativamente todo o seu pedido sem advogado. É evidente que o processo era pautado pela oralidade e simplicidade.

Mais adiante, iniciou-se o movimento em prol dos trabalhadores contra os abusos cometidos pelos empreendedores, no qual foi criado o Ministério do Trabalho e também as Juntas de Conciliação e Julgamento, que eram órgãos administrativos para o julgamento dos litígios. (FERREIRA JÚNIOR, 2015).

Na época, era garantido as partes o direito de postular sem o advogado e, a fim de dirimir a escassez e limitações de leis para defesa da classe, foi normatizada a CLT que previa o direito ao *jus postulandi* em seu artigo 791: “Os empregados e trabalhadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final” (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, afirma-se que a origem do instituto no Direito brasileiro remonta ao Direito do Trabalho, sem prejuízo as demais hipóteses previstas atualmente. Entretanto, por mais que o *jus postulandi* seja calcado na simplicidade daqueles procedimentos, é necessário se questionar a efetividade do instituto, tendo em vista que o advogado se mostra essencial à resolução de conflitos submetidos ao crivo do judiciário.

### **3.3. A PRESENÇA DO ADVOGADO COMO FATOR DEMOCRATIZANTE DO PROCESSO**

No Brasil, em regra, somente o advogado, devidamente inscrito nos cadastros da Ordem dos Advogados, tem o direito ou capacidade de postular em juízo.

E essa regra é reforçada pelo art. 1º, da Lei 8.906 de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) que prescreve: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; [...]” (BRASIL, 1994).

Porém, existem situações em que ocorre a dispensa do advogado:

- no âmbito da Justiça do Trabalho nos casos das relações empregatícias, nos quais o reclamante pode, pessoalmente, apresentar reclamação diretamente ao órgão jurisdicional trabalhista, por via oral, que será tomada a termo e prontamente distribuída com os documentos necessários, conforme artigos 786 e 791 da CLT (BRASIL, 1943);
- no pedido de *habeas corpus*, medida prevista na Constituição, para resguardar aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em seu direito ambulatorial, por ilegalidade ou abuso de poder; situação que será regulada de acordo com os artigos 647 até 667 do Código de Processo Penal – CPP (BRASIL, 1941);
- em processos administrativos e disciplinares, de modo que a súmula vinculante 5 do STF estabelece que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição;
- em pedidos de revisão criminal formulado pelo próprio condenado, disciplinado pelo art. 623 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), devidamente recepcionado pela Constituição;
- e, por fim, nos Juizados Especiais nas causas inferiores a 20 (vinte) salários mínimos, ocasião em que o promovente poderá dar início a sua pretensão, a fim de que seja atermada e, imediatamente, distribuída ao juízo daquele órgão.

Há ainda, hipóteses nas quais o processo se inicia sem a presença do advogado, entretanto deve o juiz designar profissional competente para suprir a falta do procurador. É o caso do pedido de alimentos, nos termos do artigo 2º da Lei de Alimentos, Lei nº 5.478/68 (BRASIL, 1968), em que o credor/alimentante da ação de alimentos, pessoalmente, poderá dirigir-se ao juiz, que, conforme o §3º da mesma norma irá designar desde logo defensor apto a assisti-lo em juízo.

Outra hipótese está disciplinada no art. 9º do CPC/1973 (BRASIL, 1973), em que o juiz está incumbido de nomear curador especial para o incapaz que não tiver representante legal, ou em divergência

de interesses entre representado e representante, ou nos casos de réu preso, bem como ao revel nas citações editalícias ou por hora certa, em que não é localizado ou encontra-se em local incerto e não sabido.

As situações acima demonstram a indispensabilidade do advogado para a configuração dos princípios que norteiam o devido processo legal: a ampla defesa, isonomia e o contraditório.

Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal é enfático em atribuir ao advogado responsabilidade pela concretização do princípio da ampla defesa, em razão do fato de que somente a presença do procurador efetiva a legitimidade da estruturação dos procedimentos com base em um suporte constitucional válido. (LEAL, 2005).

A função do advogado é indispensável para a ordem jurídica porque colabora e facilita o controle da atividade jurisdicional, impulsiona os atos do processo, é responsável por organizar as instituições jurídicas e pela correta aplicação da lei, sendo que “*qualquer tentativa de tolher sua participação significa uma tentativa de retirar a democracia e a cidadania*”. (SOARES; BRÉTAS, 2011, p. 165).

O advogado tem o dever legal de representar, ou assistir, pessoas que delegam sua confiança a fim de terem seus direitos defendidos, daí decorre a essencialidade da presença do advogado para afastar decisões construídas na magnitude, clarividência e sensibilidade do julgador.

Outros autores destacam a importância da presença do advogado em todos os processos jurisdicionais como referente de cidadania. (AMARAL, 2015).

Tanto é que, como já destacado, a própria Constituição da República de 1988, em seu artigo 133 (BRASIL, 1988), reconheceu a relevância aqui elucidada ao normatizar que o advogado é indispensável à administração da atividade jurisdicional. Por isso se diz que o advogado, ao influenciar no contraditório, irá contribuir para uma decisão legítima para o Estado Democrático de Direito.

O acesso à jurisdição que corrobora princípios e garantias fundamentais possui estreita aproximação com a indispensabilidade do advogado, pois o processo democrático só é concretizado de maneira efetiva com a sua presença, conforme se depreende pelas palavras transcritas abaixo:

Conceber o processo como instrumentador da jurisdição e, ao exercício dessa jurisdição, obstar a participação do advogado em todo o *inter* estrutural dos procedimentos,

é paradoxalmente, negar a efetividade do processo como direito-garantia constitucional de construção dos provimentos e da jurisprudência pelo contraditório e ampla defesa. (LEAL, 2005, p. 41).

A feição constitucionalizante do advogado para o processo democrático remonta-se para o fato de que, por mais que o *jus postulandi* considere a possibilidade de o indivíduo obter a prestação jurisdicional sem a presença de um advogado em determinados casos, a participação desta figura jurídica é evidentemente primordial na construção do devido processo legal.

Qualquer debate processual que se proponha a efetivar-se mediante princípios constitucionais balizados pelo Estado Democrático de Direito deve oportunizar ao advogado fiscalizar a legitimidade jurisdicional das decisões proferidas.

É o advogado, nesse paradigma, agente garantidor da legitimidade da decisão judicial, uma vez que é o mesmo o juridicamente capaz de estabelecer um diálogo técnico-jurídico que permite a construção do provimento em simétrica paridade, garantindo o contraditório e a ampla defesa, bem como o controle da jurisdição nos procedimentos litigiosos ou não, pouco importando o valor atribuído à causa. (SOARES; BRETAS, 2011, p.168).

Há autores que, incansavelmente, tratam de considerar o advogado como elemento garantidor da democracia, por considerarem que os princípios do contraditório e a ampla defesa se utilizam da presença do procurador para se configurarem adequadamente. (BRETAS; SOARES, 2011)

Portanto, afirma-se a indispensabilidade do advogado no processo para que se possa construir a devida prestação jurisdicional. Nesse sentido:

O *jus postulandi*, apesar de ser um instituto extremamente válido de ingresso aos órgãos jurisdicionais, na prática se revela um óbice ao devido acesso à justiça e, muitas vezes, um fator de exclusão ao efetivo acesso à justiça, vez que a adoção facultativa do advogado impede o devido desenrolar procedimental. A presença do advogado, por possuir capacidade postulatória e capacidade técnica para defender os interesses



das partes, é garantia de concretização do contraditório, da isonomia e da ampla defesa. (PEREIRA, 2011, p. 97)

Assim, não basta que se garanta o direito de um cidadão postular em juízo, é preciso que lhe sejam fornecidas ferramentas para acesso à atividade jurisdicional, porque é o advogado quem irá defender a parte com efetividade e garantir o direito de as partes influenciarem tecnicamente nas decisões das quais suportarão os efeitos.

Ressalte-se o fato de que o advogado se constitui em “*uma garantia de qualquer cidadão de poder atuar de modo competente e técnico na defesa de seus direitos*” (NUNES, 2011, p. 169). Portanto, não há como se descuidar de sua indispensabilidade ao processo, tendo em vista que este defenderá o devido processo, garantindo ao jurisdicionado uma efetiva prestação.

### **3.4. O ARTIGO 10 DO NOVO CPC E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COMO ELEMENTO NÃO SURPRESA**

O contraditório é princípio constitucional-processual elementar da garantia do devido processo legal, positivado no inciso LV do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Referido princípio não se refere tão somente ao direito de dizer e contradizer, é preciso que se garanta uma efetiva participação das partes na formação da decisão por meio de argumentos e provas. É por meio deste princípio que se faz possível o diálogo e o exercício da democracia em simétrica igualdade.

Tal concepção significa que não se pode mais na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a idéia de que a participação do provimento, ou seja, afastando a idéia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial. (THEODORO JUNIOR; NUNES, 2009, p. 109).

Nessa perspectiva do processo como instituição que gera devida prestação jurisdicional, é evidenciado que a participação vai além de uma mera oitiva das partes, vez que o contraditório confere racionalidade jurídica e validade democrática. Assim, entende o Colendo STJ que:

O contraditório e a ampla defesa devem ser compreendidos como a garantia conferida constitucionalmente aos indivíduos em geral de ter ciência da instauração do feito, participar do processo, produzir provas e influenciar o órgão julgador na formação do juízo de mérito acerca do caso analisado. (BRASIL, 2015b).

Nesse contexto, Fioratto e Brêtas (2010) instituem o contraditório como sendo a própria definição do que se entende por processo, porque se trata do espaço argumentativo no qual as partes terão garantida a participação na construção da decisão, como requisito da fundamentação das decisões.

O Estado Democrático de Direito exige que o processo seja construído em ditames constitucionais, respeitando as garantias e direitos previstos na norma constitucional.

No intuito de aproximar as normas constitucionais do processo, a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu o novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a). Diversas foram as alterações implementadas pela nova norma na tentativa de tornar a lei processual mais democrática e acessível a todos.

Dentre as normas introduzidas pelo novo código, tem-se o artigo 10, que institui o princípio doutrinariamente denominado de princípio do contraditório que possui como consequência a não surpresa das decisões. Veja-se:

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. (BRASIL, 2015a).

O artigo 10, em verdade, introduz o que a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) já havia dado tratamento específico ao tratar do princípio do contraditório como elemento do devido processo legal, bem como estabelece a necessária fundamentação das decisões para sua legitimidade.

Com base nisso, o juiz deve decidir de forma fundamentada, entretanto, esse fundamento não é livre, mas sim pautado pelo contraditório. O que se quer dizer é que o julgador deve decidir enfrentando todos os argumentos trazidos aos autos pelas partes, como se

ambos, contraditório e fundamentação das decisões, formassem um casamento indissociável, a fim de que possibilite as partes saberem quais os moldes da decisão julgada, evitando-se, assim, o inesperado.

Perceba que nesse viés de construção da decisão, o contraditório se afirma no sentido de não ser apenas o direito das partes de se manifestar nos autos, mas como o direito das partes de construir uma decisão, uma prestação jurisdicional efetiva. Afirma-se que o contraditório não pode ser visto como o direito das partes de, meramente, falar nos autos, mas sim pelo direito de construir e influenciarem em uma prestação jurisdicional equânime. Nesse sentido é a lição de Dierle Nunes ao declarar:

[...] o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório. Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*). [...] Para a demonstração cabal do atual perfil participativo que o princípio possui em sua releitura democrática, faz-se necessária a análise pormenorizada do já aludido fenômeno intitulado “decisão de surpresa”[...] (NUNES, 2015).

Nesse diapasão, o Novo Código de Processo Civil valoriza ainda mais o princípio do contraditório, colocando-o como um dos alicerces de uma prestação jurisdicional calcada nos moldes democráticos.

Para tanto, ao considerar que o princípio da não surpresa é, em síntese, a determinação para que o juiz fundamente a sua decisão com base nos argumentos levantados pelas partes, impedindo a inovação processual, afirma-se que o único método de haver legitimidade é o envolvimento da decisão com princípio do contraditório.

Entretanto, mitiga-se esse princípio com a possibilidade do *jus postulandi*. Ora, a parte desacompanhada de um advogado poderá

influenciar no contraditório apenas alegando fatos. Isso porque a fundamentação será falha ou escassa. O advogado é quem possui a atribuição de realizar uma participação técnica no processo, por isso se diz atividade essencial à ordem jurídica.

Não há como se defender a existência de uma real participação das partes sem a presença de um advogado, porque a posição de desvantagem para o desconstituído é nítida:

Portanto, manter-se indiferente às atribuições do advogado é, antes de tudo, amputar princípios constitucionais do correto exercício da ampla defesa e do contraditório, pois aquele que litiga sem o profissional habilitado efetivamente começa em desvantagem na busca por seus direitos, pois claro está, que esta forma de buscar o judiciário, fere princípios norteadores do processo como a isonomia das partes, o princípio da proteção, o princípio da norma mínima, o princípio da norma mais favorável, dentre outros. (SOUZA, 2015).

O que se observa no *jus postulandi* é, na realidade, a hipótese de a parte alegar o fato e deixar que o juiz capitule o Direito, por faltar àquela o conhecimento técnico necessário para tanto.

Nesse viés democrático, é avanço considerável trazido pelo artigo 10 ao novo CPC a obrigatoriedade de fundamentação das decisões, sob pena de violação do princípio da não surpresa, o que já era objeto de determinação pela Constituição da República de 1988.

### 3.5. CONCLUSÃO

A investigação ressaltou a prevalência do Advogado para a concretização do processo democrático pautado em moldes constitucionais. Ainda que se considere a possibilidade do *jus postulandi*, é necessário enfatizar que o Advogado é quem tem a legitimidade para representar a parte tecnicamente e adequadamente, não podendo ser afastada a sua presença sem que se prejudique o resultado do processo.

Verificou-se que não basta que as partes tenham a oportunidade de levar a lide à apreciação da função exercida pelo judiciário, mais do que isso, é preciso que se garanta a elas o poder de influenciar na decisão do magistrado construída com base no princípio do contraditório.

Não restam dúvidas de que o trabalho demonstrou a relevância do princípio do contraditório para o processo civil. Entretanto, é preciso romper com o paradigma de que o contraditório significa,

meramente, o direito das partes de se manifestarem no processo, porque vai além. No atual modelo de Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser entendido como a possibilidade de participação em sentido amplo.

Na mesma linha de raciocínio o novo Código de Processo Civil normatizou o princípio da não surpresa (criado pela doutrina), segundo o qual o julgador deve se abster de decidir com fundamento sobre o qual às partes não tenha sido dado o direito de manifestar. Percebe-se, novamente, a preocupação em uma efetiva participação na relação processual.

Assim sendo, afirma-se que uma parte, ao litigar sem a presença de um advogado, o que se denomina de *jus postulandi*, inevitavelmente será prejudicada, tendo em vista a inexperiência técnica.

Portanto, com base nos elementos analisados no presente trabalho, afirma-se que o *jus postulandi* poderá criar decisões ilegítimas, pois a parte sem a presença de um advogado não exercerá de fato o contraditório.

O que se depreende dessa análise é uma mitigação do instituto do *jus postulandi* no novo processo civil, tendo em vista que há o imperativo do fortalecimento do princípio do contraditório por meio da presença do advogado, considerando que é este quem assegurará o direito da parte de exercer o devido processo legal perpetrado pelos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Márcio Alfredo da Cunha. **Jus Postulandi figura meramente decorativa**. 25 mai. 2009. Disponível em: <<http://www.artigonal.com/doutrina-artigos/jus-postulandi-figura-meramente-decorativa-936197.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1 mai. 1943.

BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 ago. 1968.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**. Brasília, 04 jul. 1994.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 mar. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no AREsp 27.440/MA, Relator: Benedito Gonçalves – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 13 abr. 2012. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201101664374&-dt\\_publicacao=13/04/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101664374&-dt_publicacao=13/04/2012). Acesso em: 19 set. 2015b.

FERREIRA JÚNIOR, Vicente de Paula. **“Jus postulandi” como princípio disseminador da disparidade processual na Justiça do Trabalho**. JusBrasil, 2014. Disponível em: <http://vjr28.jusbrasil.com.br/artigos/114876246/jus-postulandi-como-principio-disseminador-da-disparidade-processual-na-justica-do-trabalho>. Acesso em 15 out. 2015.

FIORATTO, Débora de Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *In: Revista Eletrônica do Curso de Direito – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Serro*. – n.1. Serro: PUC Minas, 2010, p.112-138. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110> Acesso em:19 set. 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria da defesa no processo civil. *In: Relativização inconstitucional da coisa julgada* – temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.39-48.

NUNES, Dierle José Coelho. **CPC consagra dinâmica do contraditório**. Disponível em: [www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cp-c-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio](http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cp-c-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio). Acesso em: 22 ago. 2015.

NUNES, Dierle. et al. **Curso de Direito Processual Civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Ana Flávia Loyola Antunes. **A inefetividade do acesso à justiça em razão do preconceito linguístico**: análise crítica do *jus postulandi* no estado democrático de direito. 2011. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2011.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SOUZA, Denis Kevlin Doria de. **O princípio jus postulandi e a violação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais**. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/41797/o-principio>

-jus-postulandi-e-a-violacao-dos-principios-constitucionais-e-infraconstitucionais >. Acesso em: 19 ago. 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *In: Revista de Processo*, Ano 34, n 168, Editora Revista dos Tribunais, p. 107-143, 2009.