

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO:

tendências de mudança da sua aplicação

RIGHT TO A JUDICIAL HEARING PRINCIPLE:

changing trends of its application

Humberto Theodoro Júnior*

Dierle José Coelho Nunes**

RESUMO

O princípio do contraditório, além de se referir à atividade das partes, tem outra dimensão que não pode de modo algum ser deixada de lado, que é a de que as discussões havidas entre as partes sejam levadas em consideração na decisão do juiz.

Palavras-chave: Isonomia; Contraditório; Paridade de armas; Decisões “surpresa”; Matérias de ordem pública.

ABSTRACT

The *right to a judicial hearing* principle, besides referring to the parties activities, has another dimension that can not definitely be disregarded: the discussions occurred between the parties should be taken into consideration in the judge's decision.

Keywords: Equality; *Right to a judicial hearing*; Parity principle; “Surprise” decisions; Matters of public order.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na atual concepção de Estado democrático de direito, urge perceber novas perspectivas de análise do processo.

* Professor Titular da Faculdade de direito da UFMG. Membro da Academia de Direito de Minas Gerais, do Instituto de Advogados de Minas Gerais, do Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, do Instituto brasileiro de Direito Processual e da International Association of Procedural Law. Desembargador Aposentado do TJMG. Advogado.

** Doutor em Direito Processual (PUCMinas/Università degli Studi di Roma “La Sapienza”). Mestre em Direito Processual (PUCMinas). Professor Adjunto (PUCMinas, FDSM e UNIFEMM). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG. Advogado.

Faz-se mister verificar que o processo democrático deve ser aplicado mediante os ditames do modelo constitucional de processo, conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela.

A divisão de papéis e de funções a serem desenvolvidas dentro do processo, já objeto da preocupação da doutrina estrangeira há algum tempo (teoria dos papéis *Rollentheoretische*),¹ merece ser desenvolvida dentro de uma visão constitucional que garanta ao mesmo tempo o desenvolvimento do processo em tempo razoável e um debate processual que gere a formação do provimento seguindo os ditames do devido processo legal (“giusto processo”).²

No entanto, torna-se imperiosa a aplicação da chamada participação³ entre juiz e partes (e seus advogados), idealizada pela doutrina tedesca⁴ e que, levada a sério, conduziu a idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz a redução do tempo processual e a formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos.⁵

Nessa renovada análise do sistema processual um princípio constitucional ganha nítido destaque. Trata-se do princípio do contraditório que 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 dentro desta estrutura.⁶

Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência

178

¹ Cf. WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978. p. 129 et seq.

² Cf. THEODORO JR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel (Coord.). *Constituição e processo: a constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009. p. 245.

³ Chamada pela doutrina alemã de “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft*). Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 212 et seq.

⁴ Cf. o desenvolvimento dessa doutrina no Brasil em: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, cit.

⁵ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. I, livro II, p. 554.

⁶ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, 1958, p. 869.

(*Einwirkungsmöglichkeit*)⁷ sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

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 ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia, ou apenas aparente, e mesmo desnecessária no plano substancial.

Comoglio esclarece que na Alemanha o princípio do contraditório se concretiza em perfis constitucionais com base na denominada *Rechtsschutzeffektivität*,

[...] graças a uma tríplice ordem de situações subjetivas processuais, na qual a qualquer parte vêm reconhecidos: 1) o direito de receber adequadas e tempestivas *informações*, sobre o desencadear do juízo e as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela contraparte e pelo juiz, durante o inteiro curso do processo; 2) o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão, de fato ou de direito, que seja relevante para a decisão da controvérsia; 3) o direito de pretender que o juiz, a sua vez, leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, no momento da prolação da decisão (tradução livre).⁸

Obviamente que essa visão do princípio não deve se limitar a uma discussão de direito comparado (na Alemanha, Itália, França,⁹ Áustria, Portugal entre outros), uma vez que ela permite vislumbrar e defender, em todo Estado Democrático de Direito, como é o caso do Brasil, a existência de um juiz diretor (formal e material do processo), mas, que necessariamente exerce sua função garantindo às partes a manutenção da possibilidade de também participar ativamente do processo, como se verá a frente.¹⁰

⁷ BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für civilistische Praxis*, n. 153, Tubingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1954. p. 403.

⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Principio del). *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, v. XXV. 1997. p. 6.

⁹ Nouveau code di procedure civile. Article 16. Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. Cf. NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1988. p. 736 et seq.

¹⁰ Devemos nos preocupar com o reforço do papel do juiz, mas, ao mesmo tempo com o reforço do papel das partes e dos advogados, pois caso contrário delinear-se-á um sistema antidemocrático de aplicação de tutela onde o juiz deverá trabalhar praticamente sozinho sem subsídio técnico algum do procedimento e dos advogados.

2. ANÁLISE HISTÓRICA DO PRINCÍPIO

Sobre a antiga parêmia “audiatur et altera parte” costuma-se alicerçar o princípio do contraditório.¹¹

Desde o direito comum o princípio era considerado um símbolo dos direitos naturais sendo que a literatura europeia costumava afirmar que ele encontrava seu fundamento em um ‘princípio de razão natural’ sendo imanente ao processo.¹²

Para alguns, uma manifestação importante do princípio do contraditório ocorrera no primeiro período do processo comum europeu no qual este configurava o ponto central, como uma verdadeira metodologia de pesquisa da verdade.¹³

Nesse aspecto, o contraditório possuía como primeira regra de sua aplicação *a compensação em relação às varias formas de desigualdades existentes no processo*, levando, inclusive, em consideração as circunstâncias referentes à capacidade dos defensores.¹⁴ Reconhecia-se, de certa forma, um caráter ético ínsito no contraditório, quando se preconizava um vínculo dele com a busca da verdade e a compensação de forças entre os litigantes.

Picardi defende, assim, que a transição do originário processo comum (extraído da tradição italiana – sécs. XIII a XV) ao *Prozess-Ordnung* da Prússia (1781) representa a passagem de uma ordem isonômica (*ordine isonomico*) para uma ordem assimétrica (*ordine asimmetrico*)¹⁵ com a decorrente redução do (atualmente chamado) princípio do contraditório de fundamento ético e jus natural do processo¹⁶ para uma ótica *mecânica de contraposição de teses (dizer e contradizer)*.

É inegável que a legislação Prussiana (1781) estava fundada sobre a imposição hierárquica do juiz sobre as partes (desprovidas de advogados).

Entretentes, a ordem *isonômica* extraestatal do processo comum¹⁷ deve ser contextualizado na perspectiva estamental da sociedade dessa época.

Desse modo, apesar da defesa que a visão do contraditório nos séculos XIII a XVI (dentro do período do processo comum) constituiria uma fonte histórica de algumas concepções paritárias de sua aplicação atual,¹⁸ não se pode negar o

¹¹ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, n. 3, p. 673, jul./set. 1988.

¹² Cf. PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio, cit., p. 673-674.

¹³ PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Guffrè, 1987. p. 115.

¹⁴ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Guffrè, 1988. p. 532.

¹⁵ PICARDI, Nicola. Voce: Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Guffrè, 1987. p. 14.

¹⁶ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio, cit., p. 673-674.

¹⁷ PICARDI, Nicola. Voce: Processo civile (diritto moderno), cit., p. 115.

¹⁸ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia), cit., p. 532.

caráter de que este constituía um privilégio de uma casta social e não um direito de indivíduos e cidadãos, sendo que a interpretação de uma ordem isonômica hoje busca respaldo num pano de fundo paradigmático lastreado numa teoria de direitos fundamentais, algo impensável àquela época.

No entanto, não se pode negar a redução do contraditório pela *Prozess-Ordnung* (1781) prussiana a um princípio lógico-formal (bilateralidade da audiência, contraposição de direitos e obrigações), que contribuiu para o delineamento do processo como relação jurídica anos mais tarde.¹⁹

No fim do século XIX, percebe-se, assim, o exaurimento da função axiológica do contraditório e mesmo de qualquer referência com o direito natural, ou seja, sua importância ético-ideológica. Foi o princípio, desse modo, remetido a um papel secundário que o fez perder qualquer liame com a essência do fenômeno processual.²⁰

Tal fato, de certo modo, coincide com a transição de um ideário liberal de processo (liberalismo processual) onde este era dominado pelas partes (*Sache der Parteien*) para um processo “social” onde o protagonista é o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual.²¹

Os movimentos reformistas do sistema processual, iniciados no final do século XIX, demonstram uma nítida tendência de transição desse processo liberal, escrito e dominado pelas partes para um processo que segue as perspectivas da oralidade²² e do princípio autoritário,²³ com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual.

¹⁹ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 210.

²⁰ PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars” le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 16-17.

²¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, cit.

²² “Essa onda reformista começa pelo código de procedimento civil do Estado unitário alemão de Baden, de 31 de dezembro de 1831 e 18 de março de 1864, do Estado unitário alemão de Hanover, de 8 de novembro de 1850, e passa pela Ordenança processual Civil da Confederação de estados alemães, de 30 de janeiro de 1877, e pelo código de procedimento austríaco de 1895, obra de Franz Klein, que propagam seus efeitos em uma série de outras legislações, como, por exemplo, o código húngaro de 1911, elaborado, em grande parte, por Alexander Plósz, e nosso Código de Processo Civil (CPC) de 1939”. In: NUNES, Dierle Jose Coelho. *Direito Constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 5.

²³ O adjetivo autoritário [...] *que algunos críticos superficiales han hecho sinónimo de reaccionario y poco menos que de nazifacista y que les há llevado a colocarse frente al [proceso civil austríaco] en actitudes de melodramática intransigencia*. CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Influência de Wach e Klein sobre Chiovenda. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, 1974. t. II, p. 553, nota 16. Tal adjetivo, entretanto, diz respeito ao aumento dos poderes judiciais e de sua colocação como protagonista da estrutura procedimental, com superação da antiga posição de mero espectador do duelo travado entre os litigantes.

Assim, desde a ÖZPO (ordenança processual civil austríaca) de 1895, obra de Franz Klein, o processo passou a ser visto como “instituição estatal de bem-estar social” (*stattliche Wohlfahrtseinrichtung*).²⁴

Esta visão permitiu um acentuamento dos poderes judiciais com a atribuição da direção do processo por parte do juiz (*richterliche Prozessleitung*) entendida não somente no aspecto formal (*formelle Prozessleitung*), de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (*materielle Prozessleitung*) ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do juízo sobre o mérito.²⁵

Dentro dessa breve reconstrução, em que a exaltação do papel ativo do juiz foi elevada ao extremo, chegou-se a crer nos anos 30 do século passado, que a falta do contraditório (a falta da cooperação das partes) não impedia a obtenção de uma decisão justa.²⁶

Determinada corrente doutrinária ligada à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista chegou ao extremismo de defender a supressão do contraditório no processo civil e a absorção do “processo de partes” no procedimento oficioso de jurisdição voluntária.²⁷

Após o segundo pós-guerra, com a mais ampla constitucionalização de garantias processuais o estudo destas e o interesse democrático pela colaboração das partes proporcionam novos horizontes de análise para o princípio do contraditório.

O processo, – que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz –, passa em um Estado Constitucional democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.

²⁴ KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958. p. 25. NUNES, Dierle Jose Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, cit., p. 83.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1974. v. I, p. 70-71. Taruffo define a direção material como “a síntese dos diversos poderes de iniciativa oficiosa, com os quais o juiz esclarece os temas controversos, integra as provas deduzidas pelas partes e concorre, então, à formação do material decisório” – tradução livre. COMOGLIO, Luigi P. et al. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1998. p. 205.

²⁶ BETTI. *Diritto processuale civile*. Roma, 1936. p. 89, apud PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, n. 3, p. 677, jul./set. 1988.

²⁷ BAUMBACH. Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit. *Zeitschrift der akademie fur Deutsches Recht*, 1938, p. 583, apud PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio, cit., p. 677.

A utilização da fase preparatória (nosso art. 331 do CPC), levada a sério, com a fixação adequada de todos os pontos controvertidos pode conduzir a uma redução do tempo processual em face da percepção pelas próprias partes (e seus advogados) que a continuidade do feito não se faz adequada e necessária, o que conduzirá um advogado técnico à busca da conciliação com o término do processo em prazo razoável.

Essa tendência de utilização metódica da fase preparatória para filtragem e fomento do debate das questões endoprocessuais (pontos controvertidos) de fato e de direito, iniciada por Franz Klein em sua festejada ÖZPO (ordenança processual civil austríaca) de 1895, e atualmente revigorada pelas reformas alemã da ZPO mediante a *Vereinfachungsnovelle* de 1976,²⁸ pela reforma *Woolf*²⁹ do novo processo civil inglês, pela *Ley de enjuiciamiento civil* espanhola³⁰ e outras europeias conduzem a conclusão que essa fase processual pode auxiliar em muito numa adequação do *modelo cognitivo brasileiro* para a obtenção de resultados técnicos e constitucionalmente adequados, especialmente no que tange à aplicação da celeridade e do contraditório dinâmico.

Para tanto, não se fariam necessárias nem mesmo alterações legislativas, bastando somente uma percepção simples que a fase de nossa audiência preliminar (art. 331, CPC) não serve somente para a tentativa de obtenção de acordo e da declaração de saneamento, uma vez que essa deve buscar uma função técnica mais importante, qual seja, a filtragem completa da discussão endoprocessual para a fase posterior de problematização, caso o acordo não seja possível e nem tecnicamente recomendável.³¹

Os sujeitos processuais, assim, devem, desse modo, assumir a responsabilidade na utilização adequada da fase preparatória do procedimento, efetivamente preparando-se para tal e não encarando o procedimento como uma série de formalidades desnecessárias e descabidas de sentido.

²⁸ Estruturada a partir dos resultados práticos obtidos pelo Modelo de Stuttgart levada a cabo pelo juiz Rolf Bender e seus pares, inspirada na preleção de Fritz Baur de 1965. Cf. BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlim: Walterde Gruiter & Co., 1966.

²⁹ WOOLF. *Access to Justice*. Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. London, 1995. WOOLF. *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*. London, 1996. Cf. também BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2007. p. 34.

³⁰ MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

³¹ CPC, art. 331, *caput*: “Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir”. (...) § 2º: “Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

É da assunção das respectivas faculdades, poderes e ônus que ocorrerá a obtenção de resultados práticos, céleres e constitucionalmente adequados.

Nesses termos, após a percepção do fomento do constitucionalismo no século XX, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de “bem comum” desse órgão judicial.³² Não se pode, como já se disse, colocar o papel de todos os sujeitos processuais no mesmo plano, mas, ao mesmo tempo deve-se estabelecer que cada um, no exercício de seu papel, possa influenciar na formação da decisão, garantindo-se debate e ao mesmo tempo processos mais rápidos.

Ao contrário da forma como vêm sendo interpretadas por boa parte da doutrina brasileira, a garantia constitucional do contraditório não constitui um obstáculo para obtenção de maior celeridade (e/ou menores custos); pois que, um processo sem seu exercício, em que não houve colocação clara (e debates acerca) dos pontos controversos é fonte geradora de um sem número de recursos (a começar de Embargos de Declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que, certamente não auxilia na obtenção de uma *razoável duração do processo*.³³

3. LEITURAS DO CONTEÚDO DO PRINCÍPIO E SUJEITOS DO CONTRADITÓRIO – DO CONTRADITÓRIO COMO BILATERALIDADE DA AUDIÊNCIA, COMO SIMÉTRICA PARIDADE DE ARMAS E COMO GARANTIA DE INFLUÊNCIA

Normalmente, o aludido princípio é analisado no quadro dos princípios gerais do ordenamento processual ou no contexto das *Prozessmaximen*, de modo a regular a repartição dos poderes e das funções entre as partes e o juiz.³⁴

Como se viu acima, para alguns a transição do processo comum até o alvorecer da socialização processual representou a transição de uma ordem isonômica entre os sujeitos processuais para uma ordem assimétrica, em que o protagonismo judicial e a concepção hierárquica entre a magistratura e as partes se imporiam.

Conjuntamente com essa transição, configurou-se o aviltamento e o enfraquecimento do debate e do contraditório.

Este foi relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações ou, como se tornou costumeiro afirmar, *tão somente como um direito de bilateralidade da audiência*, possibilitando às partes a devida informação e possibilidade de reação.

³² HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Trotta, p. 295-296.

³³ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009 (no prelo).

³⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Principio del). *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 1988. v. XXV, p. 1.

Ocorre que, esta visão de um contraditório estático,³⁵ somente pode atender a uma estrutura procedimental monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz.

De princípio fundante do processo que asseguraria influência e compensação das desigualdades entre as partes³⁶ – simétrica paridade passou a se contentar com uma aplicação formal, numa lógica de direitos e obrigações. Tal contraposição de teses nem mesmo necessitava encontrar ressonância nas decisões do juiz ativo e hierarquicamente sobreposto às partes.

É a aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz. Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente.

Porém, ao notar a insuficiência do conteúdo atribuído ao contraditório, e já o vislumbrando como garantia dinâmica³⁷ e como núcleo do processo,³⁸ a doutrina italiana tentou aproximá-lo do conteúdo da garantia de defesa e de igualdade formal.

Tal situação é presente, por exemplo, na doutrina italiana, em face da ausência de texto expresso em sua Constituição, até bem pouco tempo, que garantisse o contraditório. Desta maneira, este teria sido elevado à perspectiva constitucional por força da interpretação do § 2º de seu art. 24,³⁹ que estabelece a garantia de defesa, e/ou do § 1º, do art. 3º, que garante a igualdade.⁴⁰

³⁵ ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990. p. 154. Perceba-se que essa visão dinâmica, recorrente na doutrina estrangeira, obtém respaldo em respeitáveis linhas teóricas nacionais, como, v.g., Alvaro de Oliveira, que busca ofertar aos meios processuais “um resultado qualitativamente diferenciado”, de modo a promover uma releitura do processo civil a partir da Constituição (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, RT, v. 155, p. 22, jan. 2008). Também é recorrente, há alguns anos, em vários autores da Escola Mineira de Direito Processual da PUCMinas (cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 4, n. 7-8, p. 106-117, 1º/2º sem. 2001; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: IHJ, 2008.)

³⁶ Naqueles, obviamente, que obtinham acesso aos tribunais daquela sociedade estamental.

³⁷ As garantias dinâmicas permitem o efetivo gozo de direitos reconhecidos e atribuídos pelo texto Constitucional, ou melhor dizendo, como assevera Comoglio, garantias em sentido dinâmico são [...] *quegli strumenti giurisdizionale che siano specificamente previsti – avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale – per assecurare condizioni effettive di godimento a qualsiasi diritto ‘atribuito’ o ‘ricosciuto’ da quelle norme fondamentalli*. In: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto)*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 90, p. 101, abr./jun. 1998.

³⁸ PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 677.

³⁹ COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 4, p. 577-619, 1975.

⁴⁰ Para percepção da discussão no direito italiano cf. ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, cit., p. 149-157, passim. PICARDI, Nicola. *Il principio del contraddittorio*, cit., p. 678.

Essa aproximação conceitual levou à configuração de perfis dinâmicos para o contraditório, atribuindo às partes *possibilidades de participação preventiva* sob qualquer aspecto fático ou jurídico que esteja sendo discutido e julgado, cunhando-se à seguinte equação: “defesa = contraditório = participação = audiência preventiva”⁴¹ (Tradução nossa).

Contudo, de acordo com o entendimento de Andolina e Vignera, há que se fazer uma nítida *distinção* entre os conteúdos da garantia do contraditório e da garantia de defesa: a primeira, disciplina as relações dos titulares dos interesses contrapostos (as partes), ao passo que a Segunda, estabelece uma forma organizatória entre as relações destas mesmas partes com o juiz.⁴²

Assim, cunha-se a percepção italiana do contraditório que permite somente as partes seu exercício,⁴³ excluindo deste o órgão julgador.⁴⁴

Esta garantia exige a *simétrica paridade de armas* entre as partes, ou seja, a igualdade “[...] de meios processuais dirigidos a fazer valer as próprias razões”⁴⁵ (Tradução nossa).

Ressalte-se que qualquer aproximação entre contraditório e defesa não é mais cabível na Itália face a alteração normativa do texto constitucional com a emenda de 23 de novembro de 1999 e a colocação no § 2º do art. 111 da assertiva de que o “[...] processo se desenvolve no contraditório entre as partes, diante de um juiz terceiro e imparcial”, – tradução livre – introduzindo de modo autônomo a garantia.⁴⁶

A leitura do contraditório e dos sujeitos que o exercitam é um tanto diversa em outros ordenamentos.

⁴¹ ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, cit., p. 157.

⁴² ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civil italiano*, cit., p. 159.

⁴³ FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, 1958, p. 870-873, passim.

⁴⁴ Como afirma Gonçalves, valendo-se dos ensinamentos de Fazzalari, no direito brasileiro, “[...] o contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. [...] a participação em contraditório se desenvolve “entre as partes”, porque a disputa se passa perante elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento” In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 120-121. Fazzalari afirma que: “L’autore dell’atto finale non é, invece un contraddittore quante volte sia estraneo agli interessi in contesa, cioè non sia parte di quella situazione (così, il giudice, l’arbitro) [...] il giudice deve essere ‘estraneo’ rispetto alla situazione sostanziale che sia per essere creata da quel provvedimento e rispetto ai titolari di essa, cioè ai destinatari degli effetti della misura giurisdizionale. Tale ‘estraneità’ (o ‘terzietà’) è la base su cui poggia la ‘imparzialità’ del giudice”. In: FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*, 8. ed. Milano: Cedam, 1996. p. 86-313, passim.

⁴⁵ ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civil italiano*, cit., p. 107.

⁴⁶ MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili “di terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 4, p. 930, out./dez. 2000.

Na França, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* impede o juiz de fundamentar a sua decisão sobre aspectos jurídicos que ele suscitou de ofício sem ter antecipadamente convidado as partes a se manifestarem acerca de suas observações.⁴⁷

Assim, a garantia opera não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda.⁴⁸

Na Alemanha, após o segundo pós-guerra, o conteúdo da cláusula estabelecida no texto do art. 103, § 1º, da Lei fundamental da República Federal da Alemanha como “pretensão de audição jurídica” (*Anspruch auf Rechtliches Gehör*)⁴⁹ foi interpretada de modo a garantir um alcance maior que a simples literalidade. O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) passou a afirmar que o dispositivo não só operava seus efeitos no confronto entre as partes, mas, sim, convertia-se também num dever para o magistrado, de modo que se atribuía às partes a possibilidade de posicionar-se sobre qualquer questão de fato ou de direito, de procedimento ou de mérito, de tal modo a poder *influir* sobre o resultado dos provimentos.⁵⁰ Ao magistrado é imposto o dever de provocar o debate preventivo, com as partes, sobre todas as questões a serem levadas em consideração nos provimentos.⁵¹ No Brasil, a doutrina, embora incipiente, já contém registro de que ao contraditório se submetem tanto as partes como o próprio juiz.⁵²

⁴⁷ Nouveau code di procedure civile. Article 16. “O juiz deve em todas as circunstâncias fazer observar e observar ele mesmo o principio do contraditório” [...] “ele não pode fundar a sua decisão sobre questões de direito que suscitou de ofício sem ter previamente convocado as partes a apresentar as suas considerações”. No original: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. [...] Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”. Cf. COMOGLIO, 1988.

⁴⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto)*, cit., p. 114.

⁴⁹ WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 3, p. 734, jul./set. 2001.

⁵⁰ TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 646.

⁵¹ WALTER, Gerhard. *I diritti fondamentali nel processo civile tedesco*, cit., p. 735. Habscheid noticiava em 1978 esta tendência de leitura do preceito constitucional ao afirmar: “Em conformidade com uma decisão do *Bundesverfassungsgericht*, o direito de ser ouvido pode assim ser definido: o tribunal não deve utilizar na sua decisão senão os fatos e provas sobre as quais as partes puderam tomar posição anteriormente, a saber, em nosso contexto, dos quais elas puderam ter tido conhecimento. Isto deu lugar a uma discussão extremamente surpreendente [...] para saber se existe um direito de tomar conhecimento das reflexões jurídicas do tribunal, e se o juiz deve ter uma ‘entrevista jurídica’ com as partes” HABSCHIED, Walther J. As bases do direito processual civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 141-142, jul./set. 1978.

⁵² “Embora os princípios processuais possam admitir exceções, o do contraditório é absoluto, e deve sempre ser observado, sob pena de nulidade do processo. A ele se submetem tanto as partes

Impõe-se, assim, a *leitura do contraditório como garantia de influência* no desenvolvimento e resultado do processo.⁵³

O delineamento dessa moderna concepção isonômica do contraditório se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o conteúdo das decisões⁵⁴ e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.⁵⁵

Existiria um *dever de consulta* do juiz impondo o fomento do debate preventivo⁵⁶ e a submissão de todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório.⁵⁷

Pelo princípio, estariam asseguradas a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) e a igualdade de armas (*Waffengleichheit*).⁵⁸

No mesmo período desse resgate tedesco, a doutrina italiana começou a percebê-lo, como já dito, como garantia de simétrica paridade de armas, como em Fazzalari.⁵⁹

No entanto, para o discurso tedesco, como já expresso, a garantia operaria não somente no confronto entre as partes, transformando-se também num dever-ônus para o juiz, que passa a ter que provocar de ofício o prévio debate das partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito determinantes para a resolução da demanda.

O contraditório é guindado a elemento normativo estrutural da comparticipação,⁶⁰ assegurando, constitucionalmente, o policentrismo processual.⁶¹

188

como o próprio juiz, que haverá de respeitá-lo mesmo naquelas hipóteses em que procede o exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, n. 24, p. 32). “Isto quer dizer [a exemplo do disposto no art. 16 do Código de Processo Civil francês] que, mesmo enfrentando questões examináveis de ofício, tem o juiz o dever de, previamente, ensejar às partes oportunidade para produzirem suas alegações” (idem, p. 32, nota 45).

⁵³ TROCKER, Nicoló. *Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano*, cit., p. 371. COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970. p. 118.

⁵⁴ BAUR, Fritz. Der Anspruch auf Rechliches Gehör. *Archiv für Civilistische Praxis*, Tubingen, Verlag J.C.B. Mohr, n. 153, 1954. p. 403.

⁵⁵ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice—a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. I, livro II, p. 554.

⁵⁶ WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco, cit., 2001, p. 736.

⁵⁷ BAUR, Fritz. Der Anspruch auf Rechliches Gehör, cit., p. 408.

⁵⁸ BAUR, Fritz. Der Anspruch auf Rechliches Gehör, cit., p. 403.

⁵⁹ FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, cit.

⁶⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Principio del), cit., p. 2.

⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático*, cit.

Permite-se, assim, a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (“potencialidade ofensiva”) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação.⁶²

Ao analisar o conteúdo do preceito presente no § 139,⁶³ entre outros, da *Ordenança Processual alemã* reformada e no Código de processo civil português reformado,⁶⁴ vislumbra-se que o direito de participação das partes não constitui um acréscimo inútil ou supérfluo.

De modo que o aumento dos poderes dos juízes não significou a redução das garantias de defesa das partes, tanto que os pontos delineados por estas devem ser

⁶² TROCKER, Nicoló. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 35-95, 1988, p. 74-85, passim.

⁶³ ZPO – Ordenança Processual Civil § 139. Direção material do processo. Versão de 05.12.2005, (1) O Tribunal tem de discutir com as partes a questão material e litigiosa, tanto quanto necessário, em seus aspectos fáticos e jurídicos, e tem de colocar questões. Tem, então, de provocar que as partes se manifestem em tempo hábil e plenamente sobre todos os fatos consideráveis, especialmente que possam completar declarações insuficientes para os fatos que são levados em conta, indicar os meios de prova e colocar proposições relevantes. (2) No caso de a parte não ver ou tomar como irrelevante uma opinião [*Gesichtspunkt*], só pode o Tribunal – desde que não se trate de uma demanda reconvençional [*Nebenforderung*] – sustentar sua decisão se isso tiver sido indicado por ele e se tiver sido dada oportunidade para exposição. O mesmo vale para uma opinião que o Tribunal avalie diferentemente das duas partes. (3) O Tribunal tem de chamar a atenção para os equívocos no [*Bedenken*] que concerne aos pontos que *ex officio* podem ser levados em consideração. (4) Avisos acerca dessas instruções têm de ser transmitidos tão cedo quanto possível e têm de se fazer registrar nos autos. Sua transmissão só pode ser provida por meio do conteúdo dos autos. Contra o conteúdo dos autos só é admissível a prova da falsidade. (5) Se para uma parte não é possível uma pronta explicação para uma posição judicial, então deve o tribunal determinar um prazo no qual a explicação possa ser dada por escrito (tradução livre). No original: “ZPO § 139 Materielle Prozessleitung – Fassung vom 05. Dezember 2005 – (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen. (4) Hinweise nach dieser Vorschrift sind so früh wie möglich zu erteilen und aktenkundig zu machen. Ihre Erteilung kann nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Gegen den Inhalt der Akten ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. (5) Ist einer Partei eine sofortige Erklärung zu einem gerichtlichen Hinweis nicht möglich, so soll auf ihren Antrag das Gericht eine Frist bestimmen, in der sie die Erklärung in einem Schriftsatz nachbringen kann”.

⁶⁴ Art. 3.3. do Código de Processo Civil português: “3. O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

levados em conta na fundamentação das decisões, e ao juiz não é dada a possibilidade de decidir de ofício sem o anterior e prévio conhecimento das partes.

Na Áustria, um dos pontos da reforma do Processo Civil de 2002 (*Zivilverfahrens-Novelle 2002*) foi a proibição, no “§ 182 a”, de decisões de surpresa, impondo ao juiz o dever de discutir com as partes alegações de fato e de direito, evitando a obtenção de decisões decorrentes dos próprios convencimentos solitários do magistrado não submetidos à necessária discussão preventiva acerca dos elementos alegados, dos meios probatórios deduzidos e das atividades desenvolvidas pelas partes ou por ele próprio.⁶⁵

No entanto, a existência técnica nas legislações processuais (no plano infra-constitucional) de regras com o teor acima expresso nada altera o panorama (talvez mesmo o consolide), pois o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões.

Nota-se que, uma vez que os poderes do julgador são aumentados, impõe-se a este o dever de informar às partes as iniciativas que pretende exercer, de modo a permitir a elas um espaço de discussão em contraditório, devendo haver a expansão e a institucionalização do *dever de esclarecimento judicial* a cada etapa do procedimento, inviabilizando julgamentos surpresa.⁶⁶

190

A colocação de qualquer entendimento jurídico (v. g. aplicação de súmula da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores) como fundamento da sentença, mesmo que aplicada *ex officio* pelo juiz, sem anterior debate com as partes, poderá gerar o aludido fenômeno da surpresa.

Desse modo, 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.⁶⁷ Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes, corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício.

Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório.

⁶⁵ HENKE, Albert. Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale austriaco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Giuffrè, n. 3, 2003. p. 818.

⁶⁶ BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. I, livro II, p. 554.

⁶⁷ FERRI, Corrado. Sull’effettività del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 781-782.

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*).

Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância, impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício.⁶⁸

Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório e e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequada e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das decisões).

Algo, porém, deve ser ressaltado: *as perspectivas ora trabalhadas*, de leitura dinâmica do contraditório, *não podem ser vislumbradas com um objetivo protelatório e formalista* pela parte que sucumbiu nas decisões, pois a análise do contraditório há muito deixou de possibilitar uma mera enunciação formal. Ao contrário, as referidas perspectivas demonstram que a indicação preventiva dos pontos relevantes da controvérsia constitui um instrumento insubstituível para uma decisão correta. Porém, tal risco é bastante reduzido quando se leva a sério a fase técnica de preparação do procedimento e quando se impõe a necessidade de demonstração pela parte sucumbente do dano e da potencialidade de manifestação em sentido que altere o conteúdo da decisão.

Ocorre que a submissão de todos os aspectos potencialmente relevantes da decisão ao contraditório apresenta-se como uma manifestação da percepção de que o poder do juiz no processo não é absoluto, em face de sua falibilidade e do fato de que a discussão será muito mais adequada (e legítima) se todos souberem os aspectos mais importantes da demanda. Haverá, assim, a garantia de que mesmo os aspectos que passaram despercebidos pelas partes serão submetidos ao debate.⁶⁹

⁶⁸ FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio, cit., p. 782.

⁶⁹ NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1988. p. 740.

Resgata-se, desse modo, a importância técnica e legitimadora do processo, uma vez que este implementará a baliza discursiva necessária (contraditório) para o debate participativo.

4. O CONTRADITÓRIO COMO UMA GARANTIA DE APROVEITAMENTO DA ATIVIDADE PROCESSUAL

Ademais, não se pode olvidar que a aplicação dinâmica do contraditório em nada atrapalha a busca de eficiência, pelo contrário, a fortalece.

Em nesse aspecto, pode-se vislumbrar que todo o sistema de nulidades previsto no Código de Processo Civil brasileiro permite a utilização do *contraditório como uma garantia de aproveitamento da atividade processual*, caso a parte prejudicada tenha obtido a potencialidade de se valer do contraditório dinâmico, como faculdade que é, e ainda não tenha se manifestado (art. 245, CPC).⁷⁰ Até mesmo em grau de apelação, o Código após a reforma da Lei n. 11.276/2006, manda ao Tribunal diligenciar para que a parte tenha oportunidade de sanar o vício, ocorrido em 1ª instância, e que poderia, se não afastado, invalidar a sentença recorrida (art. 515, § 4º). Todo o sistema de nulidades, portanto, está legalmente programado para salvar o processo, mediante diálogo e cooperação entre o juiz e as partes, endereçados a salvaguardar e facilitar o julgamento definitivo do mérito da causa, em lugar da invalidação (evitável) do processo, a qual, em regra, atrita com a efetividade esperada da tutela jurisdicional.

192

Mas, essa percepção do contraditório não é a mais importante quando se pensa em aproveitamento.

Há de se perceber que tanto nos litígios de baixa intensidade quanto nos de alta intensidade (litígios de massa) faz-se mister a implementação de pelo menos uma etapa de cognição bem realizada (com contraditório pleno), eis que caso o debate não ocorra pelo menos uma vez, sobre todas as nuances relevantes do caso e dos fundamentos das decisões, potencializa-se a utilização de recursos, e automaticamente, a chance de seu acatamento pelas instâncias revisoras, com aumento considerável do espaço-tempo processual.

Ao passo que, como já se percebeu há muito na doutrina e jurisprudência comparada, caso ocorra um debate profícuo para a formação das decisões, contraditório dinâmico, diminui-se o tempo do processo, eis que se diminuem os recursos, ou se reduz consideravelmente a chance de seu acatamento, viabilizando-se a utilização de decisões com executividade imediata.

Nesses termos, há de se perceber que o discurso reformista de extermínio de recursos⁷¹ somente obterá êxito caso se invista numa cognição em contraditório

⁷⁰ Para uma análise crítica do sistema de nulidades: cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, no prelo.

⁷¹ Obviamente com a ressalva dos recursos absolutamente incongruentes como os embargos infringentes.

dinâmico no juízo de primeiro grau, pois caso contrário o direito fundamental do contraditório como garantia de influência viabilizará a utilização de outros meios de impugnação às decisões (sucedâneos recursais), de modo a assegurar o debate e o controle de decisões equivocadas ou solitariamente construídas.

Sem a utilização e respeito, da perspectiva ora defendida, do contraditório, a simples supressão de recursos não gerará o efeito de eficiência almejado.

Perceba-se que a profusão de utilização de “cláusulas gerais”, de normas de teseitura aberta e de princípios jurídicos, vem viabilizando uma utilização dessas normas como “jargões” de fundamentação que em várias hipóteses garantem uma aplicação dinâmica dos direitos fundamentais, mas, em outras, somente autorizam o subjetivismo do julgador, representando um mandato em branco para que este decida com base em seus entendimentos particulares (decisionismo), muitas vezes modificando para pior o sistema jurídico, ao descumprir os direitos fundamentais democráticos.

Devido a esta percepção, o contraditório como garantia de influência e de aproveitamento viabiliza que todos esses “jargões” (“proporcionalidade”, “superioridade do interesse público”⁷² etc.) sejam objetivados pelo debate e pelas peculiaridades do caso em discussão.

Impedem-se, deste modo, adulterações ilegítimas desses princípios e cláusulas mediante o limite constitucional do contraditório e da fundamentação racional das decisões.

5. AINDA SOBRE AS DECISÕES DE SURPRESA – DAS MATÉRIAS DE CONHECIMENTO OFICIOSO

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”, ou “decisione della terza via”, ou “*Überraschungsentscheidungen*”, que atribui a nulidade de decisões fundadas sobre a resolução de questões de fato e de direito não submetidas à discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz.⁷³

⁷² Sobre a utilização do princípio da proporcionalidade e da doutrina da supremacia do interesse público sobre o privado a justificarem limitações aos recursos extraordinários, cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os Recursos Extraordinários e a Cooriginalidade dos Interesses Público e Privado no interior do processo: reformas, crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 363-372; Idem. Interesse Público e Interesse Privado nos Recursos Extraordinários, cit.

⁷³ CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilevo officioso delle questioni e contraddittorio. *Il Foro Italiano*, Roma, Il foro italiano, parte V, v. CXXII, p. 1999, p. 4.

O âmbito das decisões de surpresa possui interesse especialmente para as questões jurídicas, das quais o juiz poderá conhecer de ofício.

Na verificação do Direito estrangeiro, percebe-se que não é recente a preocupação com essas decisões. Pollak, em 1931, ao comentar a ZPO austríaca, afirmava que o Tribunal não deve surpreender as partes na sentença com pontos de vista jurídicos não analisados na fase preliminar: se o Tribunal viola esse dever, o procedimento é viciado.⁷⁴

Denti afirmava que o fenômeno não era estranho a vários ordenamentos de diversas tradições e pressupostos ideológicos, mesmo aqueles em que havia ocorrido um notável aumento dos poderes do juiz na direção do processo e na obtenção dos materiais para a decisão.⁷⁵

Defendia a posição de que a individualização da norma pelo juiz, diversa da suscitada pelas partes, dava lugar à necessidade do contraditório, se da aplicação da referida norma surgisse “uma questão potencialmente idônea a definir a controvérsia”.⁷⁶ Porém, restringia a aplicação de sua tese a questões jurídicas prejudiciais.⁷⁷

Bender e Strecker afirmam que a decisão de surpresa é um câncer na administração da justiça, visto que subverte a confiança daqueles que procuram justiça no Direito. É a razão principal por que na República Federal um número desproporcional de julgamentos da primeira instância eram impugnados pela via recursal.

O contraditório deve ser desenvolvido em todo o *iter* processual, em relação tanto às atividades das partes quanto às atividades judiciais, de modo que “o exercício de poderes oficiosos constitua expressão de um princípio de colaboração e não de autoridade no processo”. (tradução livre).⁷⁸

O debate da referida questão na Itália já chegou às mais altas Cortes, como no reverenciado precedente da Corte de Cassação, 14.637, de 21.11.2001, em que se decidiu que “é nula a sentença que se funda sobre uma questão conhecida de ofício e não submetida pelo juiz ao contraditório das partes”. (tradução livre).⁷⁹

194

⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1974. v. II, p. 509.

⁷⁵ DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1968. p. 229.

⁷⁶ DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1968. p. 225.

⁷⁷ Tal concepção restritiva foi criticada por parcela da doutrina (cf. TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. *Problemi del processo di cognizione*. Padova: Cedam, 1989. p. 318).

⁷⁸ CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilevo ufficioso delle questioni e contraddittorio, cit., p. 6.

⁷⁹ ITÁLIA, Corte de Cassação, Seção I, 21 de novembro de 2001, n. 14637, Pres. Criscuolo, Província de Pesaro e Urbino. In: Giustizia civile. *Rivista Mensile di Giurisprudenza*, v. LIII, t. II, parte I, p. 1.611-1.612, 2002.

Na referida decisão, a Corte declarou a nulidade do provimento impugnado, no qual o juiz tinha conhecido de uma questão de nulidade ou inexistência de um ato administrativo sem haver provocado sua discussão na fase preliminar do procedimento e sem tê-la submetido à discussão endoprocessual. Afirmou-se, ainda, que, na hipótese de o juiz perceber uma questão de fato ou não considerada pelas partes depois da fase preparatória, deve permitir que sobre a questão as partes possuam a oportunidade de discuti-la.

Com base no referido precedente, Luiso propugnou que o contraditório possui significado não somente por garantir às partes aduzir aquilo que o juiz não pode conhecer de ofício, mas também pelo fato de garantir que uma questão submetida à discussão será mais bem decidida do que quando posta e analisada solitariamente pelo magistrado. Afirma, então, que toda decisão proferida solitariamente iria de encontro ao contraditório.⁸⁰

Numa posição mais flexível, Chiarloni, em certa medida alterando entendimento anteriormente esposado,⁸¹ não acredita em análise abstrata, na possibilidade de defesa da nulidade da decisão surpresa (*terza via*) em qualquer caso. Porém, defende, sua aplicação em concreto.⁸²

Propugna, desse modo, que, para a ocorrência da nulidade da decisão, o conhecimento solitário do juiz deve haver violado o direito de defesa da parte prejudicada, de modo que existiria a necessidade de esta convencer o Tribunal de que o seu direito de defesa foi violado.

Tal solução já havia sido defendida antes por Civinini, que afirmava a possibilidade de impugnação da decisão de surpresa na hipótese de a parte defender que a falta de indicação das questões as tenha impedido de exercer poderes processuais que poderiam alterar a decisão.

Parece ser essa a tendência de uniformização do entendimento⁸³ perante a Corte de Cassação Italiana, uma vez que se afirmou, em precedente de 2005, que o recurso deve ser acompanhado da indicação da atividade processual que a parte poderia ter realizado se tivesse sido provocada a discutir a questão.⁸⁴

⁸⁰ LUISO, Francesco P. Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza rivoluzionaria? *Giustizia civile. Rivista Mensile di Giurisprudenza*, v. LII, t. II, parte I, 2002, p. 1614.

⁸¹ CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e 'formalismo delle garanzie'. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 570-584.

⁸² CHIARLONI, Sergio. La sentenza "della terza via" in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie? *Giurisprudenza Italiana*, UTET, p. 1.364, 2002.

⁸³ Cf. ITÁLIA, Corte de Cassação, sentença n. 21.108, de 31.12.2005, Terceira seção civil, presidente P. Vittoria, Relator Preden, Item 2.1. da fundamentação, 2005.

⁸⁴ ITÁLIA, Corte de Cassação, sentença 21.108 de 31.12.2005, Terceira seção civil, presidente P. Vittoria, Relator Preden, Item 2.1. da fundamentação, Roma, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

Tal uniformização parece também dizer respeito à análise da denominada *decisione della terza via*, pois, no referido precedente, a Corte, após um retrocesso,⁸⁵ decidiu:

A corte, andando em conhecido contraste com a Cass. n. 15.705, afirma que o juiz que entenda, depois da delimitação do *thema decidendum*, ocorrida no curso das audiências preliminares, de levantar uma questão conhecível oficiosamente e não considerada anteriormente, deve submetê-la às partes para lhes permitir a intervenção em contraditório. A falta de indicação comporta a violação do dever de colaboração por parte do juiz e determina a nulidade da sentença por violação do direito de defesa das partes. Se ocorrida em primeiro grau e suscitada em apelo, comporta a remessa com prazo para o seu desenvolvimento, no processo de apelação, das atividades cujo exercício não foi possível em primeiro grau. Se verificada em apelo [...], a sua dedução em cassação determina a cassação da sentença com reenvio, com a finalidade de que o juiz do reenvio ofereça espaço para as atividades processuais omitidas (tradução livre).

A visão do contraditório como garantia de influência e de não surpresa também recebe a chancela nos Tribunais superiores de Portugal. Em precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça Português, afirmou-se:

O acórdão recorrido não poderia ter decidido a questão da legitimidade com um fundamento frontalmente diverso e não ponderado na sentença da 1ª instância, sem, antes, ter convidado o recorrente a pronunciar-se e tomar posição sobre essa questão. 1. Tomando como parâmetro a lei fundamental, o Tribunal Constitucional tem vindo a considerar a consagração do princípio do contraditório como algo integrado no direito de acesso aos tribunais, consagrado no art. 20º da CRP. O direito de acesso aos tribunais é, na verdade, dominado por uma ideia de igualdade, uma vez que o princípio da igualdade vincula todas as funções estaduais, jurisdição incluída (acórdão do TC 147/92, in Acórdãos do Tribunal Constitucional, 21º vol., p. 623 e ss.) – vinculação que significa igualdade perante os tribunais, donde decorre que “*as partes têm que dispor de idênticos meios processuais para litigar, de idênticos direitos processuais*” (acórdão do TC 223/95, DR, II série, de 27.6.95). O princípio

196

⁸⁵ Cf. ITÁLIA, Corte de Cassação, n. 15.705, 07/2005, na qual a Corte fazia uma interpretação dogmática no plano da infraconstitucionalidade: “Não pode, de fato, ser pronunciada a nulidade por inobservância dos atos do processo – leia-se na motivação da reclamada pronúncia – se a nulidade não é cominada pela lei: uma disposição em tal sentido falta no art. 183 CPC como sanção da omissa indicação às partes das questões conhecíveis de ofício” (Tradução livre). No original: “Non può, infatti, essere pronunciata la nullità per inosservanza di atti del processo – si legge nella motivazione della richiamata pronunzia – se la nullità non è comminata dalla legge: una disposizione in tal senso manca nell’art.183 cod.proc.civ. come sanzione dell’omessa indicazione alle parti delle questioni rilevabili di ufficio”.

do contraditório – escreveu-se no acórdão do TC 177/2000, DR, II série, de 27.10.2000 –, enquanto princípio reitor do processo civil, exige que se dê a cada uma das partes a possibilidade de deduzir as suas razões (de facto e de direito)”, de “oferecer as suas provas”, de “controlar as provas do adversário” e de “discretar sobre o valor e resultados de umas e outras” (cfr. Manuel de Andrade, *Noções Elementares de Processo Civil*, 1956, p. 364). 2. Não se duvida que a norma transcrita – n. 3 do art. 3º, introduzida pela Reforma de 1995/96 – veio ampliar o âmbito tradicional do princípio do contraditório, como garantia de uma discussão dialéctica ou polémica entre as partes no desenvolvimento do processo. A uma concepção, válida mas restritiva, substitui-se hoje uma noção mais lata de contraditoriedade, com origem na garantia constitucional do ‘*rechtlisches Gehör*’ germânico, entendida como garantia da participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontram em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de influir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (José Lebre de Freitas, *Introdução ao Processo Civil, Conceitos e Princípios Gerais à luz do Código Revisto*, 1996, p. 96, e “Código de Processo Civil Anotado”, vol. 1º, 1999, p. 8). Pondo o enfoque no plano das questões de direito, a norma proíbe, como este Autor logo sublinha, as decisões-surpresa, isto é, as decisões baseadas “*em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes*”. Proibição, pois, das decisões *surpresa*, enquanto violadoras do princípio do contraditório, conforme este Supremo Tribunal tem tido oportunidade de decidir (cfr., entre outros, os acórdãos de 18.11.99, Proc. 794/99, 16.02.2000, Proc. 732/99, 5.12.2000, Proc. 3247/00, e de 05.07.2001, Proc. 2038/01). [...] *Termos em que se anula o acórdão recorrido e se determina que os autos voltem ao Tribunal da Relação de Lisboa, para que aí, se possível com intervenção dos mesmos Senhores Desembargadores, se dê cumprimento ao princípio do contraditório e, após, se proceda a julgamento.*⁸⁶

⁸⁶ PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Recurso 10.361/01, Rel. Conselheiro Ferreira Ramos, j. em 15.10.2002, Data do acórdão: 15.10.2002, Lisboa. Disponível em: <<http://www.stj.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2006. Em sentido idêntico: “1. Como decorrência do princípio do contraditório, consagrado, entre outros, no art. 3º, n. 3, do Código de Processo Civil, é proibida a decisão-surpresa, isto é, a decisão baseada em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes. 2. A violação do princípio do contraditório inclui-se na cláusula geral sobre as nulidades processuais constante do art. 201º, n. 1, do Código de Processo Civil, não constituindo nulidade de que o Tribunal conhece oficiosamente, pelo que se tem por sanada se não for invocada pelo interessado no prazo de 10 dias após a respectiva intervenção em algum acto praticado no processo (arts. 203º, n. 1 e 205º, n. 1, do mesmo diploma)”. (PORTUGAL, STJ, Recurso de Revista n. 8802/02, Rel. Conselheiro Araújo Barros, 2005.)

Percebe-se mesmo que tal concepção começa a obter ressonância embrionária em nosso sistema jurídico, como em precedente do Supremo Tribunal Federal, em que se propugnou que, no âmbito de procedimento administrativo:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. apreciando o chamado “Anspruch auf rechtliches Gehör” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äußerung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte – Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363- 364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz- Kommentar, Art. 103, vol IV, n. 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões. (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, no 97). (BRASIL, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, MS 24.268 / MG, 2004).

Nada obstante, no âmbito jurisdicional, o entendimento corriqueiro do Supremo Tribunal Federal apresenta-se, paradoxalmente, lastreado numa perspectiva formal, cujo resultado é impedir a análise de recursos extraordinários que aleguem ofensa ao princípio (antes mesmo da introdução da repercussão geral), sob o argumento de que seria necessário o exame de matéria infraconstitucional

para a verificação da aludida desconformidade, o que representaria, em certa medida, uma ofensa reflexa (não direta) à Constituição,⁸⁷ transferindo ao Superior Tribunal de Justiça a análise da matéria.

Não se percebe, nesse discurso jurisprudencial do Supremo, realmente, que o contraditório, na alta modernidade, constitui um dos principais eixos estruturais da democracia ao assegurar um direito fundamental de participação em processos de formação da opinião e da vontade, agregando, ao mesmo tempo, o exercício da autonomia pública e privada em seu dimensionamento e proporcionando a criação de um direito legítimo. É que os princípios constitucionais máximos como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a legalidade, sem cuja observância é impossível realizar a garantia fundamental da tutela efetiva a que se refere o art. 5º, XXXV, da Constituição, somente são implementados *in concreto* se se respeitarem as regras constitucionais na disciplina dos procedimentos judiciais.

No entanto, contra o aludido entendimento da ofensa reflexa dos princípios processuais constitucionais, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, para alento da melhor doutrina, se manifestou em termos:

PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – NORMAS LEGAIS – CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. *Dá a insubsistência da tese de que a ofensa à Carta da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal.* Caso a caso, compete ao Supremo apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto do Diploma Maior, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais (Destacamos).⁸⁸

⁸⁷ “O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da “prestação jurisdicional” podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes”. (BRASIL, STF, 2a T., AgRAI 360.265, Rel. Celso de Mello, 2002). No mesmo sentido: “[...] esta Corte firmou entendimento no sentido de que, em regra, a análise da ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal ensejaria o exame da legislação infraconstitucional. A ofensa à Constituição Federal, se existente, seria reflexa”. (BRASIL, STF, RE 405321/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2005). “A violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa não dispensa o exame da matéria sob o ponto de vista processual, o que caracteriza ofensa reflexa à Constituição e inviabiliza o recurso extraordinário” (BRASIL, STF, 1ª T., RE-AgR 491923/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2006). Sobre o tema ver BAHIA, Alexandre. *Interesse público e interesse privado nos recursos extraordinários*, cit., p. 96 et seq.

⁸⁸ BRASIL, STF, 1ª T., RE 428.991/RS, j. 26/08/2008, p. DJe n. 206, 30/10/2008.

Esse precedente talvez represente um novo e auspicioso passo na interpretação do Supremo que vislumbre a verdadeira importância dos princípios processuais em perspectiva dinâmica.

Nessa ótica, o contraditório (na perspectiva constitucional do Estado Democrático de Direito) permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos), cujos efeitos sofrerá.

A decisão não pode mais ser vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo, *na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais* suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.⁸⁹

A garantia da fundamentação racional das decisões (art. 93, IX, CRFB/88) pode ser explorada como desígnio constitucional de que o juiz respeite, no julgamento, de forma real, a participação das partes na formação do provimento jurisdicional.⁹⁰

É, na verdade, nos espaços públicos que os fluxos comunicativos são fomentados, filtrados e sintetizados, de modo a se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos, corporificando uma estrutura comunicacional do agir orientado ao entendimento,⁹¹ não a fins estratégicos.

O ambiente propício para tal espaço público é o processo constitucionalmente entendido, que impedirá decisões solitárias, ao quebrar o privilégio cognitivo dos agentes estatais e ao impor a estes a devida fundamentação racional de argumentos produzidos e construídos endoprocessualmente.

Desse modo, como explica Picardi:

O processo não vem construído sobre uma posição de supremacia do juiz, sobre uma ordem assimétrica. O contraditório, em sentido forte, possui uma função compensadora das desigualdades que, pela natureza das coisas, existem entre as partes (por ex: governantes e governados, ricos e pobres). Ele permite que o processo assegure reciprocidade e igualdade, e, então, seja assentado sobre a base de relações paritárias, sobre aquilo que foi chamado ordem isonomica (tradução livre).⁹²

⁸⁹ Cf. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Os recursos extraordinários e a co-originalidade dos interesses público e privado no interior do processo*, cit.

⁹⁰ Decisão *motivada* não é outra coisa senão aquela que contenha adequada análise dos argumentos das partes e chegue racionalmente a uma conclusão congruente com essa análise.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 436.

⁹² No original: "Il processo non va costruito su una posizione di supremazia del giudice, su un ordine asimmetrico. Il contraddittorio in senso forte ha una funzione compensativa delle inguaglianze

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 desta 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.

A percepção da interdependência dos sujeitos processuais, caso fosse levada a sério, permitiria novos horizontes para o sistema de aplicação, que garantiriam que a estrutura normativa processual e a sua cognição, imperfeita por essência, impusessem um fluxo discursivo predominantemente performativo (vacionado ao entendimento),⁹³ o que garantiria provimentos legítimos, e não meramente funcionais.

6. O CONTRADITÓRIO E A SISTEMÁTICA DO CPC BRASILEIRO

Por fim, é de ponderar-se que a dimensão do contraditório preconizada pela ideia de comparticipação efetiva dos sujeitos processuais no desfecho da causa não atrita sequer com o sistema vigente do nosso Código de Processo Civil.

Apesar da ausência de um dispositivo legal em nosso CPC (desnecessário, como já dito, em face da previsão constitucional), similar aos existentes nas legislações processuais de outros países, percebe-se, por meio de uma leitura sistemática, a presença entre nós da vinculação e comprometimento do legislador ordinário com a garantia do contraditório, em moldes dinâmicos.

Embora a doutrina tradicional brasileira não tenha, de maneira geral, se detido no exame do caráter dinâmico do contraditório como garantia de não surpresa para as partes,⁹⁴ é fácil detectar essa dimensão dentro, não só da garantia constitucional do devido processo legal, como também dentro do próprio sistema do Código de Processo Civil. Assim é que, *v.g.*, ao disciplinar o procedimento

che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad. es. fra governanti e governati; fra ricchi e poveri); esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed ugualianza e, quindi, sia impostato sulla base di rapporti paritetici, su quello che è stato chiamato ordine isonomico". PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*, cit., p. 212.

⁹³ Pelo menos na participação do juiz, uma vez que as partes tendem a trabalhar em perspectiva estratégica. No entanto, se a participação do juiz também for vocacionada exclusivamente a fins estratégicos, *v.g.* como a busca da alta produtividade a qualquer custo, não haverá a menor potencialidade de alcance social das decisões.

⁹⁴ É de se registrar, entretanto, que essa moderna visão do contraditório mereceu destaque por parte de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA em estudo recente (Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, v. 155, p. 11-26, jan. 2008).

ordinário, o julgamento conforme o estado do processo, que pode redundar na sua extinção sem exame do mérito da causa, não será proferido, sem que antes se enseje oportunidade ao autor de pronunciar-se sobre as arguições do adversário sobre questões de ordem pública como a falta de pressupostos processuais e condições da ação (art. 327).⁹⁵

Vê-se, pois, que, embora enfocando matéria apreciável de ofício (CPC, art. 267, § 3º), o juiz, por expresso mandamento legal, não decidirá sem respeitar o efetivo contraditório. Esse, portanto, é o critério que, na sistemática do nosso processo civil, haverá de prevalecer, não só no julgamento previsto no art. 329, como em apreciação de qualquer questão ao longo do curso do processo, que possa representar efeito potencialmente ofensivo aos interesses de qualquer das partes.⁹⁶

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ponderações delineadas neste breve ensaio demonstram que a leitura dinâmica da garantia do contraditório, como incentivador ao aspecto dialógico do procedimento, impõe uma efetiva participação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo das decisões.

Cria-se, assim, uma nova tendência e uma nova leitura paritária entre os sujeitos processuais, sem confundir seus papéis, mas, de modo a se implementar uma participação real com a assunção da corresponsabilidade endoprocessual por todos.

202

Insta, desse modo, registrar que o papel do julgador de garantidor de direitos fundamentais, diretor técnico do processo, impõe a este dialogar com as partes para encontrar a melhor aplicação (normativa) da tutela mediante o debate processual e, não, através de um exercício solitário do poder.

A comparticipação advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação de tutela.

Assim, chegaremos a uma aplicação de tutela com resultados úteis e de acordo com as perspectivas de um Estado democrático de direito.

No entanto, uma última consideração deve ser realizada. Não se pode olvidar que a leitura do sistema processual a partir da Constituição é uma vertente importantíssima da visão comparticipativa aqui utilizada, mas não a única, eis que já se chegou ao momento de se perceber que não serão tão somente com a mudança

⁹⁵ Igual observação se pode fazer em torno dos vícios da petição inicial, que podem levar ao indeferimento por iniciativa do juiz, o qual, entretanto, não é autorizado pelo CPC senão depois de convocada a parte a se pronunciar e, sendo possível, a sanar-lhe as deficiências (arts. 284 e 616).

⁹⁶ É por isso que, em nosso *Curso*, restou consignado que, por força do princípio constitucional do contraditório, o juiz, mesmo que nas matérias apreciáveis *ex officio*, não deve decidir sem prévia submissão da questão ao debate das partes (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I, n. 24, p. 32).

legislativa e com a releitura Constitucional da legislação que se gerarão os impactos de eficiência e legitimidade almejados pela tutela jurisdicional efetiva compatível com o moderno *processo justo*.

Necessitamos ampliar o debate em torno das questões processuais não nos preocupando prioritariamente com as mudanças da legislação, mas, concomitantemente, com a divulgação de como aplicá-las em perspectiva constitucional,⁹⁷ ao lado do delineamento de uma política pública de democratização processual (acesso à justiça) que conte com a participação ampla de todas as instituições envolvidas (IBDP, OAB, Judiciário, Ministério Público, Universidades), sem sobreposição de ideias e competição entre as entidades e profissões, como é corriqueiro no discurso jurídico brasileiro.

Enfim, a obtenção de um paradigma processual constitucionalmente adequado não resultará tão somente de iniciativas pontuais e desgarradas de uma intervenção macroestrutural. Em outros termos, há de se perceber que somente ocorrerá a geração de impacto na eficiência e na legitimidade caso se estabeleça uma política pública democratização processual, amplamente debatida, que problematize a questão da aplicação constitucional das normas processuais (como o contraditório), das reformas processuais, da gestão processual e da infraestrutura do Poder Judiciário, de modo conjunto.⁹⁸

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interesse público e interesse privado nos recursos extraordinários*: por uma compreensão adequada no Estado Democrático de Direito. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 2007.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Os recursos extraordinários e a cooriginalidade dos interesses público e privado no interior do processo: reformas,

⁹⁷ Não há como se trabalhar com um quadro de atecnia dos “operadores do direito” gerado pelo aumento da complexidade do sistema fruto de inúmeros fatores, entre os quais, ressalte-se aqui, as constantes reformas legislativas.

⁹⁸ As reformas legislativas cumprem o papel de desobstruir o procedimento legal de entaves burocráticos incompatíveis com a garantia constitucional de celeridade na realização da tutela dos direitos em juízo. Isto, como é notório, não é suficiente para superar a complexa crise de morosidade que assola a justiça em proporções universais. O grosso do combate às crônicas deficiências da prestação jurisdicional há de ser travado no plano político-administrativo, que transcende a regulamentação legislativa e envolve a organização e gerenciamento dos serviços judiciários. Nesse terreno, entretanto, é completamente inócua a obra de renovação das leis processuais (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, n. 125, jul. 2005, p. 61-78).

crises e desafios à jurisdição desde uma compreensão procedimental do estado democrático de direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A.; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechliches Gehör. *Archiv für civilistische Praxis*, n. 153, Tübingen: Verlag J.C.B. Mohr, 1954.

BAUR, Fritz. *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß*. Berlim: Walterde Gruiter& Co., 1966.

BENDER, Rolf; STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice—a world survey*. Milano: Giuffrè, 1978. v. I.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009 (no prelo).

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milão: Giuffrè, 1974. v. I e II.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Influência de Wach e Klein sobre Chiovenda. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: Unam, 1974. t. II.

204

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Interpretação jurídica, processo e tutela jurisdicional sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 4, n. 7-8, p. 106-117, 1º/2º sem. 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: IHJ, 2008.

CHIARLONI, Sergio. La sentenza “della terza via” in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie? *Giurisprudenza Italiana*, UTET, 2002.

CHIARLONI, Sergio. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e ‘formalismo delle garanzie’. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1987.

CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilevato uffiçioso delle questioni e contraddittorio. *Il Foro Italiano*, Roma, Il foro italiano, parte V, v. CXXII, p. 1999.

COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 4, p. 577-619, 1975.

COMOGLIO, Luigi P. et al. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionale e “giusto processo” (modelli a confronto)*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 90, p. 101, abr./jun. 1998.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*. Padova: Cedam, 1970.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Voce: Contraddittorio (Princípio del). *Enciclopedia giuridica*. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, v. XXV, 1997.
- DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1968.
- FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, 1958.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Milano: Cedam, 1996.
- FERRI, Corrado. Sull'effettività del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p. 781-782, 1988.
- GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Guffrè, 1988.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- HABSCHEID, Walther J. As bases do direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 141-142, jul./set. 1978.
- HENKE, Albert. Prime osservazioni sulla riforma del diritto processuale austriaco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Giuffrè, n. 3, 2003.
- KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.
- MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.
- MONTESANO, Luigi. La garantia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili "di terza via". *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 4, p. 930, out./dez. 2000.
- NORMAND, Jacques. I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1988.
- NUNES, Dierle Jose Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009 (no prelo).
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*, RT, v. 155, p. 22, jan. 2008.

PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars” le matrici storico-culturali del contraddittorio. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*. Milano: Cedam, n. 3, p. 677, jul./set. 1988.

PICARDI, Nicola. Voce: Processo civile (diritto moderno). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1987.

TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. *Problemi del Processo di Cognizione*. Padova: Cedam, 1989.

THEODORO JR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel (Coord.). *Constituição e processo: a constituição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade na prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo*, n. 125, p. 61-78, jul. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. I.

206

TROCKER, Nicolás. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1988.

TROCKER, Nicolás. *Processo civile e costituzione. Problemi de diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, n. 3, p. 734, jul./set. 2001.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978.

WOOLF. *Access to Justice*. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. London, 1996.

WOOLF. *Access to Justice*. Interim Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales. London, 1995.