



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

CARLA FERNANDA RANGEL SILVA CARVALHO

PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, PROCESSO DE CONHECIMENTO E  
DIÁLOGO ENTRE O JUIZ E AS PARTES

Rio de Janeiro  
2016

CARLA FERNANDA RANGEL SILVA CARVALHO

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, PROCESSO DE CONHECIMENTO E  
DIÁLOGO ENTRE O JUIZ E AS PARTES**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Marcelo Pereira de Almeida

Coorientadora: Prof<sup>ª</sup>. Néli Luiza Cavalieri Fetzner

Rio de Janeiro  
2016

CARLA FERNANDA RANGEL SILVA CARVALHO

**PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, PROCESSO DE CONHECIMENTO  
E DIÁLOGO ENTRE O JUIZ E AS PARTES**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Marcelo Pereira de Almeida  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

---

Prof. Cláudio Brandão de Oliveira  
Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

---

Prof. Ubirajara da Fonseca

A Deus, que “tem sustentado o meu direito  
e a minha causa”. (Salmo 9:4a, de Davi)

## **AGRADECIMENTOS**

À Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que aprimorou, incentivou e desafiou meus estudos, demonstrando seu exclusivo compromisso com a qualidade do ensino e da pesquisa.

Agradeço ao Professor Doutor Marcelo Pereira de Almeida a orientação jurídica cuidadosa e serena.

Agradeço à Professora Doutora Neli Luiza C. Fetzner a coorientação cuidadosa, bem como os exemplos de dedicação, competência e paixão pelos que se dedicam ao estudo do direito.

Cordial agradecimento aos familiares e amigos pelo apoio nas viagens e incentivo nos momentos de estudo e escrita.

Profunda gratidão, pela formatação do texto e confecção do sumário, à pessoa por quem nutro também profundo amor: Hamilton Carvalho.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O CONTRADITÓRIO NOS SÉCULOS XIX E XX.....	9
1.1 O SURGIMENTO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO .....	10
1.2 O CONTRADITÓRIO NO SÉCULO XIX.....	13
1.3 O CONTRADITÓRIO NO SÉCULO XX.....	17
1.4 O CONTRADITÓRIO NO BRASIL .....	20
2 O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO.....	27
2.1 TEORIAS DO PROCESSO E O PROCESSO EM CONTRADITÓRIO.....	27
2.2 O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO.....	36
3 A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS.....	45
3.1 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AS PARTES.....	45
3.2 A DOCTRINA DO FORMALISMO-VALORATIVO.....	60
4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O JUIZ.....	63
4.1 O CONTRADITÓRIO, O JUIZ E O NOVO CPC .....	71
4.1.1 – <i>Dever de zelar pelo efetivo contraditório</i> .....	73
4.1.2 – <i>O princípio do contraditório na decisão judicial</i> .....	75
4.1.3 <i>O princípio do contraditório e as questões cognoscíveis de ofício</i> .....	77
CONCLUSÃO .....	84
REFERÊNCIAS.....	87

## INTRODUÇÃO

A ciência do direito processual civil moderno não usa mais o contraditório como simples direito de ser chamado ao processo e de se manifestar sobre as questões envolvidas. Ao contrário, vem sendo desenvolvida a ideia de contraditório substancial, garantido-se não só a manifestação da parte interessada nas questões, mas também a possibilidade de influência das suas razões nas decisões judiciais, inclusive naquelas em que há permissão legislativa de conhecimento de ofício pelo julgador.

A problemática a ser estudada no presente trabalho está ligada não somente aos interesses das partes no processo judicial, mas também atende o interesse público, pois as decisões judiciais imprevisíveis diminuem a confiança do cidadão na administração da justiça.

A metodologia de pesquisa empregada é baseada no método qualitativo, parcialmente exploratório e bibliográfico, cujo recorte epistemológico observou, como método de procedimento, alguma vezes, o método dedutivo de abordagem, e, por outras, o método indutivo.

No capítulo 1 são estudadas as fontes normativas que inspiraram a adoção da garantia constitucional do contraditório no direito brasileiro, bem como apontado a forma pela qual o instituto é aplicado atualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Analisa-se as alterações sofridas pela compreensão do contraditório ao longo do tempo, a fim de verificar que, na atualidade, o instituto retorna à sua origem, atrelado ao direito natural, com importância ético-ideológica.

O capítulo 2 investiga as principais teorias sobre o processo, que representam a metodologia aplicada para conceber o processo em momentos históricos distintos. A finalidade do estudo é constatar que apenas em um terceiro momento histórico foi possível encontrar a

aplicação do princípio do contraditório como elemento integrante da relação jurídica processual. Ato seguinte, constatando-se ser o contraditório o último e mais recente elemento integrante do processo, passa-se à análise do princípio no processo de conhecimento.

Com recorte metodológico no Processo de Conhecimento, o capítulo 3 apresenta o comportamento de cada um dos sujeitos processuais, que devem ter asseguradas o tanto quanto possível a sua participação e a capacidade de influir no convencimento e consequente decisão do julgador.

O capítulo 4 estuda o comportamento do juiz e a aplicação do princípio do contraditório diante das normas fundamentais contidas no Novo Código de Processo Civil. Este último sujeito processual possui o dever de promover a chamada justiça distributiva, pela qual é conferido tratamento paritário aos sujeitos processuais, concedendo-lhes as mesmas oportunidades de participação. O princípio do contraditório, antes somente direcionado ao autor e ao réu, agora tem o juiz como próximo destinatário.

O diálogo entre o juiz e as partes é, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder oficial do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* (o juiz conhece o Direito) seja utilizada como um instrumento de opressão e autoritarismo. A defesa é centrada no pensamento pelo qual, mesmo quando a matéria objeto de julgamento for considerada de cognição oficiosa, permanece a necessidade de o julgador ouvir as partes antes de proferir seu julgamento, pena de infringência da garantia constitucional do contraditório.



## 1 O CONTRADITÓRIO NOS SÉCULOS XIX E XX

O signo pode ser conceituado como a unidade de um sistema que permite a comunicação entre os humanos. É caracterizado por estabelecer um status lógico de relação e por nele se associarem um suporte físico, um significado e uma significação.<sup>1</sup> O suporte físico da linguagem idiomática é a palavra falada ou a palavra escrita.

Há, pois, no signo, uma relação triádica que abrange o suporte físico, significação e significado. Para a melhor compreensão, Paulo de Barros Carvalho usa como exemplo a palavra manga, afirmando que ela é o suporte físico, a porção de tinta gravada no papel, e que faz referência a uma realidade do mundo que as pessoas conhecem: é nome de uma espécie de fruta. Essa realidade do mundo que se conhece como espécie de fruta é chamada de significado, sendo o significado responsável por fazer surgir na mente o conceito de manga, na visão do autor, variável para cada pessoa, pois depende “de fatores psíquicos ligados à experiência de vida de cada um. Para os que apreciam a fruta sua imagem será de um alimento suculento. Para os que dela não gostarem a ideia será desfavorável, aparecendo a representação com aspectos bem diferentes, é a significação”.<sup>2</sup>

Nessa linha de ideias, a palavra contraditório é um signo, nela se associando um suporte físico, um significado e uma significação. O suporte físico é a palavra escrita; o

---

<sup>1</sup> Para Ricardo Guibourg, “Em cada processo de comunicação aparece uma mensagem composta por uma série e signos, que possuem uma significação. A significação é uma relação entre o signo e o fenômeno cuja representação do signo traz a nossa mente. Em um sentido amplo, todo ato humano é, ou pode ser, veículo transmissor de uma significação. [...] Mas o que caracteriza a linguagem é a sua intenção. Os signos que a compõe são mais ou menos deliberados e assim a linguagem tem por objeto a comunicação através do significado”. GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción AL concimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1994, p. 20.

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. 5. ed. São Paulo: Quartier latin, 2009, p. 34.

significado, que não gera variabilidade, pode ser entendido como o poder de argumentar em sentido contrário à argumentação anterior.<sup>3</sup> A significação poderá levar em conta a ideia de opinião contrária, de um direito a ser exercido ou de igualdade, manifesta na possibilidade de ouvir e ser ouvido.

Trazendo o termo para a ciência jurídica, porém, o conceito é sobremodo ampliado. Nesta pesquisa, o marco inicial de estudo do princípio do contraditório será o Século XIX, devendo-se considerar, entretanto, que a origem mais remota do instituto remonta ao direito natural.

### 1.1 O surgimento do contraditório no processo

Nicola Picardi<sup>4</sup> informa que no procedimento medieval, o denominado *ordo iudiciarius*, possuía natureza originária, antes e além do controle do Estado, sendo defeso até a mais alta autoridade prescindir da *ordo iudiciarius*. Ela singularizava como seu fundamento o complexo de regras que hoje reconhecemos na fórmula “princípio do contraditório”, constituindo-se como uma metodologia de investigação da verdade. Segundo observa o autor, na “concepção medieval, tal metodologia se resolvia na *ars opponendi et respondendi*, em uma

---

<sup>3</sup> Importa registrar as acepções do termo contidas no Dicionário Houaiss: Adjetivo. Que se contradiz ou contradita. 1 que contém, envolve ou constitui uma contradição; que tem sentido contrário; incoerente. 2 em que há discrepância; discordante. 3 Rubrica: termo jurídico. em que há contestação das partes, em que há réplica, tréplica, impugnação; objetado, replicado 4 Rubrica: termo jurídico. em que há discussão judicial (diz-se de processo ou julgamento) 5 Rubrica: termo jurídico. igualdade entre as partes, o que lhes oferece as mesmas oportunidades de apresentar provas e de contradizê-las. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 537.

<sup>4</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo* (organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes: *citatio* e *defensio* constituíam momentos de informação contrária, justificação e contestação.”

Considerando que o contraditório somente é alcançado em uma investigação dialética<sup>5</sup>, a verdade provável jamais poderia ser alcançada individualmente, ao contrário, o método pelo qual as partes contestam-se reciprocamente favorece a ampliação do campo de informação, e conseqüentemente, o encontro da verdade.

As provas utilizadas para o encontro da verdade somente poderiam ser colocadas para julgamento se previamente submetidas ao procedimento probatório igualmente estruturado no contraditório. Ele era composto de dois estágios, subsequentes e preclusivos, chamados *ante litem contestatam* e *post litem contestatam*,<sup>6</sup> nos quais eram delimitados os fatos e o que seria objeto de prova, respectivamente.

Assim concebido, o *ordo iudiciarius* já assegurava um procedimento em que era garantida a igualdade entre as partes e o juiz, ao possibilitar que as regras do procedimento acusatório, em nítida posição de superioridade, pudessem ser compensadas com a necessidade do contraditório, que impedia a imediata presunção de culpa do acusado.

Seguindo essa ordem de ideias, os juristas medievais cunharam a expressão *audiatur et altera pars*, brocardo jurídico de inspiração literária<sup>7</sup> entendido como o dever de ouvir a outra parte, acusado, antes de julgá-lo.

---

<sup>5</sup> O conceito de dialética é utilizado por diferentes doutrinas filosóficas e, de acordo com cada uma, assume um significado distinto. Na concepção mencionada, porém, atenta-se somente para o sentido genérico, de oposição ou conflito originado pela contradição entre princípios teóricos ou fenômenos empíricos.

<sup>6</sup> PICARDI, op. cit., p. 130.

<sup>7</sup> O sucesso da parêmia é registrado em versos de autores desconhecidos, tais como "antes de haver ouvido um e outro, não dar sentença sobre sua lide", bem como nas palavras do poeta italiano Ludovico Ariosto, que anunciava: "antes de causar danos à pessoa, olhar em sua face e ouvir as razões que usa". Ibid., p. 130.

Situando o direito brasileiro nesse momento da história, o Brasil vivia o período colonial, sem possuir um ordenamento jurídico próprio, sendo regido pela legislação portuguesa, denominada Ordenações do Reino.

As Ordenações foram compilações jurídicas organizadas pelos monarcas da época, nos séculos XV, XVI e XVII, recebendo os nomes de seus mandantes régios, Afonso, Manuel e Filipe, com o intuito de reunir em um só corpo legislativo as diversas leis extravagantes e outras fontes do direito, que por estarem avulsas, tornavam muito difícil a correta aplicação do direito.<sup>8</sup>

As Ordenações Afonsinas foram concluídas em 1446 e aplicadas até 1521. As Ordenações Manuelinas tiveram seu período de vigência entre 1521 e 1603 e, por derradeiro, as Ordenações Filipinas tiveram sua vigência até o ano de 1850.

No ano de 1822, o Brasil tornou-se independente politicamente de Portugal. Tal fato, entretanto, não gerou uma ruptura imediata da ordem jurídica herdada nos seus aspectos dominantes. Decreto datado de 20 de outubro de 1823<sup>9</sup> previu a continuidade da aplicação da legislação portuguesa no Brasil naquilo que não infringisse a soberania e o regime nacional, ou seja, mesmo após a independência proclamada, o sistema processual brasileiro seguia a modulação da última das Ordenações do Reino.

De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>10</sup>, o direito processual brasileiro, até o início do Século XIX, era marcado pelo predomínio do procedimento escrito e o

---

<sup>8</sup> Sobre as Ordenações do Reino, discorrem os seguintes autores: COSTA, Mario Julio de Almeida. História do Direito Português. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 273-29; NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de história do direito. 15. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 193-194; PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. História do direito processual brasileiro. Barueri: Manole, 2002. p. 139-160; SEGURADO, Milton Duarte. História resumida do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982. p. 28.

<sup>9</sup>BRASIL. Decreto de 20 de outubro de 1823. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html)>. Acesso em 13 out. 2014.

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-37.

distanciamento do juiz na colheita das provas. Cabia às partes a direção do processo, desde a formação até a reprodução dos fatos e demonstração do conjunto probatório sobre o qual o juiz iria emitir o seu pronunciamento, sendo inclusive advertido sobre a impossibilidade de julgar com provas, fatos e elementos que não estivessem nos autos, também excluído o julgamento baseado em seu livre convencimento.

Atentando ao recorte cronológico proposto, passa-se ao estudo do princípio do contraditório nos Séculos XIX e XX, seguida da análise do seu atual estágio no direito brasileiro.

## 1.2 O Contraditório no Século XIX

Vista sobre o prisma histórico, a distribuição de poderes entre os sujeitos processuais apresenta um movimento pendular, no qual o conceito de contraditório em cada período analisado se revela como fruto dos valores de sua época.

No direito medieval<sup>11</sup>, os juristas resolviam os litígios pelo exercício de uma atividade dialética, sendo o processo visto como a arte de alegar e de responder. O Direito era visto como um problema, não como um dado prévio. Por ser o Direito um momento problemático, ele era

---

<sup>11</sup> A Idade Média é dividida em dois grandes períodos: a alta idade média, que se estende dos séculos V a IX, marcada pelo direito romano e germânico, bem como pela formação e desenvolvimento do direito canônico; e a baixa, dos séculos IX a XV, caracterizada pelo direito feudal e pelo renascimento do direito romano nas universidades. O referido período histórico teve a vigência de quatro grandes ordenamentos jurídicos: um direito de povos germânicos; o direito oriundo da organização eclesiástica, chamado de direito canônico; o direito feudal; e um processo de sobrevivência e renascimento do direito romano. A descrição em séculos não segue uma regularidade. Encontramos autores que conceituam a alta idade média como período transcorrido entre os séculos VI a XII, e a baixa como do XIII ao XVIII. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 128.

resolvido no processo, sendo o contraditório o guia da busca do Direito, o seu conformador. Numa concepção bastante simplificada da experiência jurídica medieval, o autor levantava alegações a que o réu tinha que responder à inteireza e que o juiz tinha de ponderar à inteireza. Desse colóquio surgia a decisão judicial. Vê-se, portanto, que o juiz não estava acima das partes, pois ele mesmo estava obrigado a observar o contraditório.

A lógica que subjaz ao discurso medieval não é a lógica do certo ou do errado, ele não tende à verdade, mas à busca do consenso. É uma lógica dialética, da razão prática processual. O contraditório no período medieval funcionou, pois, como o momento conformador da experiência jurídica, sendo distinto da lógica do positivismo jurídico, teórica e apolítica.

No direito moderno<sup>12</sup>, o poder difuso, que se combinava a outros Direitos, formados pela Igreja, pelas corporações de ofícios e pelas ligas comerciais, passa a ser concentrado no Estado, sendo o marco da diferenciação entre a sociedade civil, o indivíduo e o Estado, bem como da tensão nascida na relação entre esses segmentos. O Estado, representado na figura do príncipe, reivindicou o monopólio da legislação, ante a constatação de ser o Direito um poderoso instrumento de coação, usando a lei não como regra social, mas como regra de governo. A essa fase Norberto Bobbio<sup>13</sup> chamou de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

Tomando a si o monopólio do Direito, era necessário ao Estado controlar a atividade dos juristas, que antes eram práticos, descobridores do Direito no caso concreto. Para tanto, foram reduzidos os instrumentos com que, na prática, os praxistas trabalhavam. Assim,

---

<sup>12</sup> Para os fins deste trabalho, considera-se Direito Moderno o período histórico emergido com as revoluções burguesas a partir do Século XIX.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília. 6. ed. 1995. p. 21.

conforme observa Daniel Mitidiero<sup>14</sup>, da lógica prática que presidia as contendas no direito medieval, o direito moderno passa para racionalidade teórica.

A atividade do juiz e das partes, que antes era inventiva, criativa do Direito, passou ser realizada pela subsunção da lei ao caso concreto. Nasce nesse momento histórico a figura do “juiz boca da lei”, entendido como aquele que exerce a jurisdição com base na mera declaração. Enquanto no direito medieval três eram os sujeitos processuais necessários para formar o juízo, visto como uma experiência problemática, no direito moderno dois elementos resumem a solução judicial: os fatos e a lei.

Ao considerar o juiz como agente do Estado e vértice do discurso jurídico, conferindo-se a ele o poder de dizer o Direito, e dando pouca atenção à manifestação das partes, verifica-se que o processo e o contraditório perderam densidade. Ao restringir a relação jurídica em uma experiência bilateral, na qual a manifestação das partes não altera o Direito enquanto objeto, o contraditório é esgotado. Antes visto como um momento crucial da experiência judiciária do processo, o contraditório passou a ser tão somente a bilateralidade da instância. Antes visto como a arte de alegar, provar e responder, tornou-se suficiente apenas a abertura de vista às partes para que o contraditório estivesse assegurado, formado e obedecido.

O princípio do contraditório, a partir do século XIX, assumiu uma concepção diversa, pois perdeu sua referência originária ao direito natural e, assim, a sua carga ético-ideológica. Embora ainda fosse utilizada a mesma expressão – princípio do contraditório – a carga principiológica sobre o qual as normas processuais deveriam se inspirar passou a ser o resultado

---

<sup>14</sup>A Garantia do Contraditório: do ordus judicarios medieval ao processo cooperativo contemporâneo. Palestra realizada pela Academia Brasileira de Direito Processual Civil no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 17.mar.2005. Palestrante: Daniel Francisco Mitidiero. Disponível em: <[www2.tjrs.jus.br/civil/Dr\\_Daniel\\_F\\_Mitidiero\\_17\\_03\\_2005.doc](http://www2.tjrs.jus.br/civil/Dr_Daniel_F_Mitidiero_17_03_2005.doc)>. Acesso em 27. fev. 2015.

“de um procedimento de abstração, de diferenciação e de generalização das normas particulares”<sup>15</sup>. Passando a exercer um papel secundário, o contraditório perdeu a sua ligação com a essência do fenômeno processual.

Deixando de lado a visão liberal do processo, entendido como aquele dominado pelas partes, surgiu o processo chamado de social, tendo o juiz como protagonista, a exercer amplos poderes ativos na estrutura processual.

Dierle José Cordeiro Nunes<sup>16</sup> aponta que no final do Século XIX, os movimentos reformistas do sistema processual demonstram uma nítida tendência de transição do processo liberal, escrito e dominado pelas partes, para um processo que segue as perspectivas da oralidade e do princípio autoritário<sup>17</sup>, com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual.

Denomina-se ativismo judicial o fenômeno de ampliação dos poderes judiciais na condução do processo, que pode ser vista, até os dias atuais, não apenas em seu aspecto formal, de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos processuais, mas também no aspecto material, que se manifesta com a outorga ao órgão julgador do controle e da iniciativa oficiosa da instrução probatória. O juiz elucida os temas controversos, integra as provas deduzidas pelas partes e concorre, então, à formação do material decisório. Com tamanha exaltação do papel

---

<sup>15</sup> PICARDI, op. cit., p. 137.

<sup>16</sup> Acrescenta o autor: “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.” NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 5.

<sup>17</sup> O adjetivo autoritário não deve ser confundido, na forma empregada, como sinônimo intransigência; antes, refere-se apenas ao aumento dos poderes judiciais e de sua colocação como protagonista da estrutura procedimental, superando a visão anterior, na qual o magistrado limitava-se a assistir o litígio estabelecido entre as partes para proferir a sua decisão.



ativo do juiz, Betti, citado por Picardi, afirma que se chegou a crer que a falta de contraditório não impediria o alcance de uma decisão justa.<sup>18</sup>

### 1.3 O Contraditório no Século XX

Até a primeira metade do Século XX, especialmente no Pós-primeira Guerra Mundial, prevalecia o entendimento de que o processo era uma subespécie de procedimento, fato que contribuía para manter o processo normativista e facilitava o estudo do ato processual. De qualquer modo, assim como no século anterior, o contraditório permanecia afastado da relação processual, relegado a uma categoria acessória, existindo situações processuais em que ele poderia ser de plano dispensado.

Situado nesse período histórico, Picardi<sup>19</sup> afirma:

Em verdade, a distinta colocação da temática do contraditório contribui provavelmente para colocar na justa perspectiva as mais respeitáveis impostações dos anos 30. Referimo-nos à afirmação segundo a qual o princípio do contraditório é “um meio do processo, não um fim” pelo qual “a falta do contraditório é um instrumento útil do processo, quando existem razões para contradizer, não as havendo, é um obstáculo”, ou àquela pela qual “a falta efetiva de contraditório não se coloca em contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei, através da decisão justa, pode ser obtida também sem a cooperação das partes”.

Uma nova mudança de paradigma do princípio do contraditório, porém, começou a ser vista a partir da Segunda Guerra Mundial, com o início do processo de revalorização do contraditório, possibilitado pela mais ampla constitucionalização das garantias processuais. De

---

<sup>18</sup> BETTI. *apud* PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Cedam, n. 3, jul./set. 1988. p. 677.

<sup>19</sup> PICARDI, op. cit., 2008, p. 139-140.

acordo com o pensamento de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, foi o Estado Constitucional democrático que permitiu uma melhora na relação entre os sujeitos processuais, sobretudo entre o juiz e as partes, garantindo-se um efetivo diálogo e comunidade de trabalho entre tais sujeitos na fase preparatória do procedimento, qual seja, a audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos, e na fase de problematização, realizada na audiência de instrução e julgamento, permitindo a comparticipação na estrutura procedimental.<sup>20</sup>

A nova acepção do princípio do contraditório em perspectiva isonômica que se intensificou no pós-Segunda Guerra Mundial foi inaugurada exatamente pela nação deflagradora da guerra. Nasceu na doutrina processual germânica a constatação de que este princípio não poderia mais ser examinado apenas num contexto formal de bilateralidade da audiência, mas também deveria ser visto como uma oportunidade de as partes (autor e réu) exercerem influência na construção do provimento evitando-se, assim, a consequente prolação de decisões-surpresas.<sup>21</sup>

Na doutrina italiana, marcam a virada conceitual do princípio do contraditório as ideias de Fazzalari e Calamandrei. Esse cunhou a expressão "tornemos ao juízo" como uma amostra do reinteresse do jurista para os mecanismos de formação do juízo e para o contraditório (visto novamente como a colaboração das partes para a investigação da verdade)<sup>22</sup>. Aquele reconheceu que "só há processo quando no iter da formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido aos interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e

---

<sup>20</sup> THEODORO JÚNIOR; Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança na sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais*. Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009.

<sup>21</sup> 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. 530.

<sup>22</sup> CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. Pádua: 1954. p. 682.

simétrica paridade".<sup>23</sup> Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,<sup>24</sup> Fazzalari é o precursor, no direito processual civil, da elaboração do conceito de processo como procedimento em contraditório, com base em estudos anteriores dos administrativistas italianos.

Conforme observa Marcelo Pereira de Almeida<sup>25</sup>, a concepção italiana sobre o princípio do contraditório na segunda metade do Século XX se identificava não apenas pelo confronto entre as partes, mas também pelo dever do juiz de provocar de ofício o prévio debate entre as partes sobre as questões postas em juízo para permitir a construção do provimento.

Embora ainda persistisse na doutrina o entendimento de que o procedimento e o processo pertencem a um gênero comum, a redescoberta do princípio do contraditório pode funcionar como um fator de diferenciação entre os institutos. É, pois, no processo em contraditório que se verifica a correspondência e a equivalência entre os sujeitos processuais.<sup>26</sup>

As reflexões realizadas permitem a conclusão de que a importância do conceito de contraditório para o desenvolvimento do processo civil realizou um movimento pendular desde os tempos medievais, ora elevando o processo ao status liberal, escrito e dominado pelas partes, ora limitando-o a um processo limitado à bilateralidade da instância e do ativismo judicial, ora, novamente, a partir de sua releitura, melhorando a relação entre o juiz e os litigantes, mediante a garantia de um efetivo diálogo processual. Dúvidas não há de que tais alterações de acepção transmutaram-se em decorrência de mudanças na forma de pensar e aplicar o próprio processo e o procedimento nos diversos períodos históricos. A história, sabido é, influencia sobremaneira a forma de pensar os institutos processuais.

---

<sup>23</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8. ed.. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 94.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 132.

<sup>25</sup> ALMEIDA, Marcelo Pereira. *Conflitos sociais judicializados: crítica sobre a legitimidade dos precedentes na resolução das demandas individuais de massa*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2013. p.203.

<sup>26</sup> PICARDI, op. cit., 2008, p. 141.

## 1.4 O Contraditório no Brasil

No Brasil Colônia, conforme dito nas considerações iniciais do presente trabalho, o Brasil era regido pelas Ordenações do Reino. Esse compilado normativo era marcado pelo predomínio do procedimento escrito e pelo distanciamento do juiz na colheita das provas. As partes dirigiam o processo desde a formação até a reprodução dos fatos e demonstração do conjunto probatório sobre o qual o juiz iria se pronunciar. Era o magistrado impedido de julgar com provas, fatos e elementos que não estivessem nos autos, o que incluía o julgamento conforme a sua íntima convicção.<sup>27</sup>

O Brasil independente utilizou-se exclusivamente do regime jurídico português por dezoito anos. Entretanto, o ideal de independência fazia emergir a necessidade de uma nova compilação de leis, a que se chamasse brasileira, que serviria para reforçar o ideal de libertação da colônia portuguesa.

Essa demanda, contudo, não gerou uma ruptura mediata da ordem jurídica herdada nos seus aspectos dominantes. Nesse sentido, podemos observar através de pesquisa histórica, que gradativamente o Brasil começou a produzir corpos legislativos nacionais, que previu o princípio do contraditório anos antes da promulgação do primeiro código processual unitário, de 1939.

---

<sup>27</sup> Exemplificativamente, confira-se as Ordenações Filipinas, Livro 3, título 6: “o juiz deve julgar segundo o que achar alegado e provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado, porque somente ao Príncipe, que não reconhece Superior, é outorgado por direito que julgue segundo sua consciência”.

O primeiro exemplo do que se afirma é o Regulamento 737, publicado no Brasil em 1850, sob inegável influência lusa. Ele é contemporâneo ao Código Comercial e tinha por objetivo dar aplicabilidade a este.<sup>28</sup> Contudo, como inexistia um código de processo civil, no ano de 1890, por força do Decreto 763, ele (o Regulamento 737) acabou sendo aplicado às relações cíveis em geral, razão pela qual é considerado pela doutrina<sup>29</sup> como o primeiro corpo completo de leis na parte processual.

No que tange ao contraditório, o Regulamento 737 não o apresentou expressamente, limitando-se a garantir às partes o direito de comparecer nas audiências para inquirir testemunhas e realizarem pedidos, conforme se depreende da leitura do artigo 703.<sup>30</sup>

Situando no tempo a aplicação do Regulamento 737 de 1850, podemos constatar que até o ano de 1890 ele regulava tão somente as causas comerciais. Assim, entre os anos de 1850 e 1890, as causas cíveis eram regidas pelas Ordenações Filipinas, quadro nada agradável para um país independente de sua colônia.

Nesse contexto, o Governo Imperial nomeou o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas para reunir, em forma de consolidação, as principais normas processuais. Ocorre que, ao iniciar seu trabalho, Ribas não se limitou a compilar as disposições processuais então vigentes. De acordo

---

<sup>28</sup> De acordo com José Manoel de Arruda Alvim, o Regulamento 737 era tratado como o *Código de Processo Comercial*, afirmando o jurista que as “Ordenações Filipinas continuaram a reger a matéria de processo civil, enquanto o Regulamento 737 regia a de processo comercial”. ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 14. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67.

<sup>29</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco afirmam que “o Regulamento 737 dividiu os processualistas. Foi considerado ‘um atestado de falta de cultura jurídica’, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado; e foi elogiado como ‘mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil’, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América. Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do ponto de vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 106.

<sup>30</sup> Regulamento 737, de 1890, Art. 703: “Art. 703. Nas causas commerciaes he licito ás partes comparecer nos audiencias por si, seus Advogados. ou procuradores judiciais, para inquirirem os suas testemunhas, reperguntarem ou contraditarem as da parte contraria, e requererem o que julgarem a bem dos seus direitos”. Disponível em: <<https://arisp.files.wordpress.com/2008/04/decreto-737-de-1850.pdf>>. Acesso em 01 mar. 2015.

com Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, ele foi além, reescrevendo determinados temas de acordo com seu próprio entendimento e invocando como fonte de várias disposições de sua Consolidação “a autoridade não só de textos romanos, como de autores renomeados, em lugar de regras legais constantes das Ordenações ou leis extravagantes”.<sup>31</sup>

Essa forma particular de organização da Consolidação de Ribas, porém, não afetou diretamente a disposição do princípio do contraditório, que também não foi previsto expressamente, mas apenas tangenciado na previsão de alguns direitos processuais de que dispunham o réu quando em juízo criminal, conforme dispostos nos arts. 257 a 259.<sup>32</sup>

A vigência da Consolidação de Ribas, porém foi curta. Com o golpe militar de 15 de novembro de 1889, que depôs Dom Pedro II, o Brasil deixou de ser um Império após o baile da despedida. A partir do ato simbólico da Proclamação da República do Brasil pelo Marechal Deodoro da Fonseca, formalizado em 15 de novembro de 1889, um novo tipo de regime foi estabelecido e assim, surgiu um novo período da história brasileira denominado Brasil República, que perdura até os dias atuais.<sup>33</sup>

Instalada a República, criou-se no Brasil a Justiça Federal, através do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, de modo que o Regulamento 737/1850 passou a ser aplicado também no âmbito das causas federais. Tal aplicação, no entanto, durou apenas um ano, pois em 1891, o Governo Republicano encomendou ao jurista José Higinio Duarte Pereira um trabalho de

---

<sup>31</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO op. cit., p. 106.

<sup>32</sup> Consolidação de Ribas, de 1879: Art. 257: "Offerecido o libello e recebido pelo Juiz, o réo poderá contestar a lide, negando a acção ou confessando-a directamente, ou expondo as circumstancias do facto, como este se passou. Não poderá, porém, contestar a acção pela clausula geral, isto é, confessando o que é por elle, e negando o que é contra elle. Art. 258: "Quando o réo não contestar a acção por qualquer dos ditos modos, o Juiz haverá a lide por contestada por negação, e proseguirá o feito". Art. 259: "A verdadeira contestação da lide, porém, só se effectuará pela completa exposição da intenção do autor e da defesa do réo". Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

<sup>33</sup> VALENTIM, Oséias Faustino. *O Brasil e o Positivismo*. Rio de Janeiro: Publit, 2010. p. 273.

sistematização em forma de consolidação que regulamentasse as questões de competência da Justiça Federal.<sup>34</sup>

O trabalho do citado jurista foi aprovado pelo Decreto 3.084, de 05 de novembro de 1.898, sendo possível constatar muitas semelhanças com o Regulamento 737.<sup>35</sup> Inovação dessa legislação digna de nota quanto recurso de embargos de declaração: a previsão do contraditório, conforme artigo 683.<sup>36</sup>

Até o advento da República não houve nenhuma modificação substancial na legislação processual. A Constituição de 1824 não fez menção ao contraditório e à ampla defesa. A Constituição Federal de 1891 – primeira constituição de origem republicana - manteve a dualidade das Justiças Federal e Estadual; admitiu a dualidade de processos, outorgando aos Estados da Federação poder para legislar sobre matéria processual; e ainda, reservou à União apenas o espaço legislativo sobre o direito processual aplicado à Justiça Federal.

Essa concepção constitucional de 1891, de formação das codificações processuais por cada Estado Federal é contemporânea à Consolidação de José Higino Duarte Pereira. Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, foram elaboradas “de um lado a legislação federal de processo, cuja consolidação foi preparada por José Higino Duarte Pereira (...) e de outro lado, iniciaram-se aos poucos os trabalhos de

---

<sup>34</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO op. cit., p. 107.

<sup>35</sup> Dispositivo com redação idêntica ao Regulamento 737 é o constante no art. 222 do Decreto 848, de 1890: “É lícito às partes comparecer nas audiências por si, seus advogados ou procuradores judiciais, para inquirirem as suas testemunhas, reperguntarem ou contradictarem as da parte contrária e requererem o que julgarem a bem dos seus direitos”. Sobre a defesa do réu em juízo criminal, do mesmo modo, verifica-se a previsão do contraditório formal no art. 199: “Oferecido o libello com o rol das testemunhas e quaesquer documentos que o instruem, serão as ditas peças juntas aos autos, dos quaes só se dará vista ao acusado por 48 horas improrogaveis para contrariar, sendo-lhe permittido offerecer documentos em sua defesa e o rol de suas testemunhas”. Disponível em < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=46091>>. Acesso em 01 mar. 2015.

<sup>36</sup> Art. 683: “Os embargos de declaração só terão lugar quando houver nas sentenças alguma obscuridade, ambiguidade ou contradição, ou quando se tiver omitido algum ponto sobre o que devia haver condenação. Em qualquer desses casos requererá a parte por simples petição que se declare a sentença, ou se expresse o ponto omitido da condenação. Junta a petição aos autos, e dada vista às partes para a impugnação e sustentação dos embargos nos termos legais, decidirá o juiz ou o tribunal, sem fazer outra mudança no julgamento”. (Grifado). Disponível em: < <https://arisp.files.wordpress.com/2008/04/decreto-737-de-1850.pdf>>. Acesso em 01 mar. 2015.

preparação dos Códigos de Processo Civil e dos Códigos de Processo Criminal estaduais, na maioria presos ao figurino federal”.<sup>37</sup>

A Constituição Federal de 1891 incluiu o princípio do contraditório em seu corpo normativo, limitando-o, porém, ao processo penal.<sup>38</sup> Do mesmo modo, as Constituições Federais de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e de 1969, em nada inovaram no tocante ao referido princípio, somente aplicado às causas criminais.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO op. cit., p. 107.

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015. “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 – Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”.

<sup>39</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Art. 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1937. Art. 122: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946. Art. 141: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Art. 150: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1969. Art. 153: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2015.



Observa-se que nas constituições brasileiras até 1988, o princípio do contraditório sempre esteve estreitamente relacionado ao direito à ampla defesa, especialmente a defesa criminal. Até a Constituição de 1988, o termo “contraditório” não foi mencionado na redação dos dispositivos legais. Seu conceito era, pois, extraído da noção de ampla defesa, uma vez que para que as pessoas exerçam a sua defesa, precisam contradizer a acusação que recebem. Ocorre que, conforme abordagem próxima no presente trabalho, o princípio do contraditório, embora intrínseco à garantia constitucional da ampla defesa, não é por ela absorvida. Por esse motivo, entretanto, ainda que ainda é tão arraigada a ideia de que exercer o contraditório corresponde, única e exclusivamente, ao direito de defesa.

Sobre o tema, Marinoni<sup>40</sup> elucida: “seria possível pensar que o contraditório e a ampla defesa são conceitos interligados [...]. Mas não é bem assim. O contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação”.

O primeiro esforço de aplicação do princípio do contraditório no processo civil surge na doutrina, que se manifestou quando da promulgação da Constituição Federal de 1969 sobre tal possibilidade.<sup>41</sup>

A Constituição Federal de 1988, sétima na história do país desde sua independência, foi apelidada no colóquio popular de constituição cidadã, por ser considerada a mais completa entre as constituições brasileiras, com destaque para os vários aspectos que garantem o acesso à cidadania. De fato, em relação às Constituições anteriores, a Constituição de 1988 representou um avanço, incluindo-se em seu rol de inovações o direito ao contraditório, que pela primeira

---

<sup>40</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1, p. 311.

<sup>41</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 208.

vez é expresso como direito individual extensivo ao processo civil e aos processos administrativos, conforme disposto no art.5º, inciso LV, abaixo transcrito:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A previsão constitucional do princípio do contraditório como elemento integrante da categoria dos direitos fundamentais dos cidadãos, aplicável tanto ao processo penal quanto ao processo civil e ao processo administrativo, consagrou o direito de participação das partes na formação da convicção do julgador no Brasil. Analisa-se, a seguir, a conotação atual do princípio do contraditório, suas características e grau de pertencimento ao processo civil moderno.

## 2 O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO

O Direito Processual, de acordo com a doutrina clássica, é estruturado de forma triádica, sendo a jurisdição, a ação e o processo os seus três conceitos fundamentais, denominados trilogia estrutural do Direito Processual.<sup>42</sup>

O processo, terceiro elemento da estrutura triádica do Direito Processual, é um instituto a cujo respeito diversas teorias foram criadas, em número tão expressivo que resultou na inexistência de consenso, até os dias atuais, acerca do conceito ou da natureza jurídica do processo.

Examina-se a seguir as principais teorias sobre o processo, que representam a metodologia aplicada para conceber o processo em momentos históricos distintos. A finalidade do estudo é constatar que apenas em um terceiro momento histórico foi possível encontrar a aplicação do princípio do contraditório. O exame das teorias, ligadas às fases imanentista, privatista e publicista, será feito de forma sumária, dada a impossibilidade de aprofundamento do tema nos limites do presente trabalho.

### 2.1 Teorias do processo e o processo em contraditório

---

<sup>42</sup> PODETTI, J. Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963. p. 334. Deve ser registrado, porém, que na doutrina pátria há entendimento no sentido de que o são quatro, e não três os elementos estruturais do Direito Processual, incluindo-se entre os institutos mencionados a ampla defesa. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 73.

A primeira teoria surgiu na época imanentista, também denominada praxista ou sincretista<sup>43</sup>, entre os Séculos XIV e XVII, período em que não existia qualquer diferenciação entre direito material e direito processual, sendo este concebido como um procedimento, ou seja, como uma sequência ordenada de atos. Alexandre de Freitas Câmara<sup>44</sup> afirma que essa teoria nem poderia ser classificada como uma teoria do processo, mas apenas como um modo de encará-lo, pois o processo não tinha ainda autonomia científica. Nesse período histórico, o processo era estudado apenas no tocante às formas dos atos que o compunham, sem apreço teórico, voltado ao estudo prático, porque se acreditava que os atos processuais praticados perante o Poder Judiciário formavam o procedimento necessário para a efetiva proteção do direito material. Representavam, pois, o processo.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>45</sup> divide a fase imanentista em duas seções, a saber, a fase praxista e a fase procedimentalista. Na primeira seção, o direito processual civil era tratado como algo eminentemente prático, sem qualquer teorização maior e sem a regulamentação estatal. A aplicação judicial do direito era baseada na lógica argumentativa de Aristóteles e reclamava a igualdade entre o juiz e as partes, sendo chamada de ordem simétrica ou isonômica.

A segunda seção, embora ainda visse o processo civil como adjetivo do direito material, sem existência autônoma, sofreu mudanças quanto à lógica mais formalizada. A partir da intervenção do Estado na esfera processual, o processo passou a exercer um papel completamente passivo. Era o processo liberal do século XIX, em que predominava o positivismo como método de pensamento. O autor afirma: “o processo é, então, considerado mera sucessão de formalidades, simples forma de resolução de conflitos, mera sequência

---

<sup>43</sup> BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

<sup>44</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 159.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 18.

ordenada de atos. Confundia-se processo com procedimento”.<sup>46</sup> Não sendo a segunda seção considerada uma nova fase metodológica do direito processual, nela pode ser vislumbrado o surgimento da independência do processo dentro da fase imanentista, como ato gradual de mudança de perspectiva na história do processo.

A fase imanentista do processo foi superada pela fase privatista. A superação ocorreu a partir do momento em que se reconheceu a autonomia da ciência processual, entre os Séculos XVIII e XIX. Assim, em paralelo, a teoria do processo como procedimento foi superada pela teoria do processo como um contrato.<sup>47</sup> Ela representou um esforço doutrinário de enquadramento do processo aos fenômenos jurídicos privados.

O processo romano possuía duas fases. A primeira fase era chamada de *in iure*, inaugurada com a ação ajuizada pelo autor perante o juiz e encerrada com a nomeação do juiz, perante quem seria realizada a segunda fase do processo, denominada *apud iudicem*. No intervalo entre a primeira e a segunda fase ocorria a *litis contestatio*, conceituada pela doutrina clássica<sup>48</sup> como o contrato pelo qual as partes aceitavam de comum acordo a fórmula deferida pelo magistrado.

Conforme observam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo<sup>49</sup>, a teoria do processo como um contrato pertence a uma época em que o Estado ainda não tinha condições de intervir na vida dos cidadãos, razão pela qual os sujeitos envolvidos em um conflito acordavam entre si a sujeição da tutela jurisdicional prestada, como se optassem por acatar o respectivo julgamento. É esse acordo de vontades entre os sujeitos envolvidos que originou a teoria do processo como um contrato, entendendo-se pela existência de um negócio jurídico de

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 19.

<sup>47</sup> De acordo com Alexandre de Freitas Câmara, a teoria contratualista surgiu na Europa, baseada em um texto de Ulpiano, e explicava o processo através da *litiscontestatio*, instituto do Direito Romano. CÂMARA, op.cit., p. 160.

<sup>48</sup> CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: EJE, 1957, p. 75.

<sup>49</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001, p. 98 e 99.

direito privado no processo, concluindo-se a partir dessa premissa que o processo seria um contrato.

No Século XIX, o jurista francês Arnault de Guényvau formulou uma nova teoria em substituição à teoria do processo como um contrato, porém semelhante a esta e denominada teoria do processo como quase contrato. Sua ideia básica era a de que o processo era uma categoria pertencente ao direito privado, mas não era visto nem como contrato propriamente dito, nem como um delito. Assim, como o nome da teoria sugere, o processo seria um quase contrato.<sup>50</sup>

As três teorias vistas até então mostram o processo como instituto totalmente imerso no direito privado. Com a evolução da produção do conhecimento científico, porém, tais teorias deixaram de ter aceitação, possuindo atualmente apenas valor histórico. Analisa-se a seguir outras quatro teorias, que se diferenciam de forma ampla das ora estudadas pelo fato de considerarem o processo um instituto pertencente ao direito público, característica aceita até os dias atuais.

Há unanimidade na doutrina<sup>51</sup> em apontar o ano de 1968 como o de nascimento do direito processual civil como ciência, ou seja, um ramo autônomo do Direito. Credita-se ao alemão Oskar Bülow esse mérito, a partir da publicação da clássica obra sobre exceções e pressupostos processuais *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen*.<sup>52</sup> É de sua autoria a teoria do processo como relação jurídica.

---

<sup>50</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 78.

<sup>51</sup> Dentre muitos: BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 376; CÂMARA, op.cit., p. 126; CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO op. cit., p. 173; LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24; MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 109. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 49.

<sup>52</sup> A referida obra encontra-se traduzida por Ricardo Rodrigues Gama: BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN, 2005.

De acordo com o pensamento de Bülow, deve ser feita a separação entre a relação jurídica de direito processual e a relação jurídica de direito material. Esta é o objeto daquela, ou seja, discute-se na relação jurídica processual, que é a estrutura, exatamente a relação jurídica de direito material. As relações jurídicas referidas, embora unidas no momento da prestação da tutela jurisdicional, não podem ser confundidas. Comprova tal afirmação a possibilidade de serem diferentes os sujeitos que participam da relação jurídica de direito material e da relação jurídica de direito processual. Cada uma dessas relações possui sujeitos, objetos e requisitos formais próprios.<sup>53</sup>

A teoria do processo como relação jurídica é a teoria mais conhecida e aceita pelos doutrinadores nacionais, encontrando-se divergência no tocante à configuração gráfica da relação jurídica processual. Para determinado segmento doutrinário, tal relação seria triangular, composta pelo vínculo direto entre o Estado e o autor; entre o Estado e o réu; e entre o autor e o réu.<sup>54</sup> O outro seguimento doutrinário enxerga a relação jurídica de forma angular, composta pelo vínculo entre o Estado e o autor; e entre Estado e o réu, rechaçando o vínculo entre o autor e o réu.<sup>55</sup> Verifica-se uma predominância do primeiro segmento doutrinário, conforme observam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>56</sup>:

Na doutrina brasileira predomina a ideia da figura triangular, sendo argumentos dos autores que a sustentam: a) as partes têm o dever de lealdade recíproca; b) a parte vencida tem a obrigação de reembolsar à vencedora as custas despendidas; c) podem as partes convencionar entre si a suspensão do processo (CPC, art. 265, II).

Todos esses argumentos recebem impugnação dos seguidores da teoria angularista, mas a verdade é que não há grande interesse, nem prático nem teórico, na solução da

---

<sup>53</sup> Daniel Amorim Assumpção Neves observa que os requisitos formais da relação jurídica de direito processual foram batizados pelo jurista alemão de pressupostos processuais, nomenclatura adotada até os dias atuais acolhida. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 49.

<sup>54</sup> Nesse sentido, por todos: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 10. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1983, p. 130.

<sup>55</sup> Nesse sentido, por todos: TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 47.

<sup>56</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 279 e 280.

disputa. O importante, e isso é pacífico, é que a relação processual tem uma configuração tríptica (Estado, autor e réu).

A relação jurídica de direito processual é, pois, representada no processo pela existência de múltiplos e variados liames jurídicos entre o Estado-juiz e as partes, criando para esses sujeitos a titularidade de situações jurídicas a exigir uma espécie de conduta ou a permitir a prática de um ato. Cuida-se de um fenômeno complexo e continuado, amplamente estudado, composto de diversas posições jurídicas ativas, com poderes, ônus, faculdades e direitos; e passivas, com sujeição, deveres e obrigações, todas exteriorizadas por meio do procedimento.<sup>57</sup>

A teoria do processo como relação jurídica processual goza de prestígio na doutrina, mas não é aceita de modo unânime. As críticas a ela tecidas dão origem a três teorias. A primeira delas é chamada de teoria do processo como situação jurídica, formulada pelo jurista alemão James Goldschmidt.<sup>58</sup> De acordo com o seu pensamento, a relação jurídica de direito processual não estava acima das ideias e dos conhecimentos ordinários. Era, sim, marcada por um dinamismo que retirava o direito objetivo do modo estático, pelo qual se praticavam atos que davam ao autor a chance ou a possibilidade de ver reconhecido o seu direito. O processo era constituído por “uma série de situações jurídicas ativas, capazes de gerar para seus sujeitos deveres, poderes, faculdades, ônus e sujeições”.<sup>59</sup>

As críticas tecidas por Goldschmidt foram rebatidas pelos defensores da teoria da relação jurídica processual, o que esvaziou seu conteúdo, mas remanesce de suas ideias o entendimento de que a complexidade da relação jurídica processual advém das sucessivas

---

<sup>57</sup> Representativo dessa fase, Pontes de Miranda conceitua o processo civil como “o procedimento regulado por lei ou outra fonte do direito, mediante declaração, condenação à prestação, constituição, mandamento ou execução ou assecuração de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções para que tenham as pessoas pretensão à tutela jurídica perante o Poder Judiciário ou juizes arbitrais, em matéria de interesse não penal”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. 2. ed. São Paulo: RT, 1972, p. 113.

<sup>58</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936, p. 23.

<sup>59</sup> NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 180.



situações jurídicas ativas e passivas assumidas pelos sujeitos processuais no curso do procedimento.

A próxima teoria elaborada em contraposição à teoria do processo como relação jurídica foi elaborada por Elio Fazzalari, que a chamou de teoria do processo como procedimento em contraditório.<sup>60</sup>

Sua teoria ganhou adeptos no Brasil, sendo cunhada entre eles a expressão teoria do módulo processual.<sup>61</sup> Explica-se. Para o jurista italiano, o processo é um procedimento em contraditório. O procedimento é por ele considerado como uma sequência de normas que possuem por objetivo a regulação de uma determinada conduta como lícita ou como um dever. Essas normas sequenciadas, porém, trazem em si a premissa de só poderem incidir se estiver cumprido um ato prévio. Este ato prévio, por sua vez, é regulado por outra sequência de normas, dentro da mesma série de normas do ato subsequente. O ciclo segue sucessivo até chegar à norma regulamentadora que irá regulamentar o ato final. Esse ato final coincide com o ato desejado pelo autor, quando da formulação do pedido, ou com o ato desejado pelo réu, de improcedência da demanda, por exemplo. Nas palavras do autor, o ato final é aquele “em relação ao qual todos os atos precedentes podem dizer-se preparatórios”.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Alexandre de Freitas Câmara inclui, entre a penúltima e a última teoria do processo apresentada no presente trabalho, duas outras teorias. A primeira é a teoria do processo como instituição, concebida por Jaime Guasp, para quem o processo deveria ser visto como uma instituição jurídica, que é composta por dois elementos fundamentais: a ideia objetiva, fora da vontade dos sujeitos; e o conjunto das vontades, que se vinculam àquela ideia a fim de lograrem a sua realização. A segunda teoria considera o processo como uma categoria jurídica autônoma, sendo inadequado o esforço de enquadramento do processo entre as categorias jurídicas conhecidas pela doutrina. O processo é um instituto diverso de todos os demais componentes da ciência jurídica. Nessa ordem de ideias, toda a controvérsia acerca da natureza jurídica do processo estaria diluída, visto que não se poderia reduzir o processo à espécie de um gênero mais amplo. O autor cita como adeptos dessa teoria Juan Montero Aroca e Afrânio Silva Jardim. CÂMARA, op.cit., p. 164 e 165.

<sup>61</sup> Utilizam essa expressão Daniel Amorim Assumpção Neves e Aroldo Plínio Gonçalves. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 50. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68. Em sentido contrário, por adotar a expressão módulo processual para designar o conjunto de atividades processuais destinadas à cognição de uma causa, ou à execução de um dever jurídico (módulo processual de conhecimento e módulo processual de execução, por exemplo): CÂMARA, op.cit., p. 165.

<sup>62</sup> FAZZALARI, Elio. *Il proceso ordinario di cognizione*. Turim: UTET, Ristampa, 1990, p. 51.

O procedimento será caracterizado como procedimento em contraditório somente quando a regulação dos atos acima mencionados for realizada de modo permitir a participação de todos aqueles sujeitos cuja esfera jurídica será atingida pelos efeitos do ato final, devendo ainda tal participação dos sujeitos processuais ocorrer em simétrica paridade.

Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>63</sup> descreve de modo sintético o fenômeno, afirmando que, pela ideia de módulo processual, “o procedimento contém atos interligados de maneira lógica e regidos por determinadas normas, sendo que o posterior, também regido por normas, dependerá do anterior, e entre eles se formará um conjunto lógico com um objetivo final”.

O interesse central da exposição das teorias do processo no presente trabalho é feito neste ponto: de acordo com o pensamento de Elio Fazzalari, quando o procedimento é regulado de modo a permitir a participação de todos aqueles que terão sua esfera jurídica atingida pelos efeitos do ato final, e somente quando essa participação é paritária, pode-se afirmar que o procedimento ocorreu em contraditório.

A explanação do autor, longe de parecer simples, inaugura a aplicação do princípio do contraditório no processo civil moderno, na segunda metade do Século XX. É nessa hipótese do gênero procedimento que se encontra individualizada a espécie processo. Na doutrina processualista moderna brasileira, a teoria do processo como procedimento em contraditório possui adeptos<sup>64</sup> e críticos.

Em avaliação minuciosa das teorias do processo, Cândido Rangel Dinamarco<sup>65</sup> afirma que a teoria do processo como procedimento em contraditório nega qualquer valor ao conceito de relação jurídica processual, afastando a relação jurídica processual do conceito de processo,

---

<sup>63</sup> NEVES, op. cit., p. 50.

<sup>64</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 68; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 143.

<sup>65</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. v.1. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 97.

o que seria uma falha técnica. Segundo o citado autor, o processo deve ser qualificado como uma entidade complexa, formada por diversos elementos, podendo ser definido como o procedimento animado pela relação jurídica processual em contraditório. A inclusão do contraditório no conceito de processo não seria, pois, suficiente para excluir a relação jurídica processual do mesmo conceito. Necessário seria, então, mesclar as teorias do processo como relação jurídica processual com a teoria do processo como procedimento em contraditório. Cuida-se de uma crítica parcial à teoria do processo como procedimento em contraditório, conjugando-se os pensamentos de Bülow e Fazzalari.

A teoria crítica feita à teoria de Elio Fazzalari ganhou adeptos na recente doutrina processual civil, afirmando os seus defensores que o processo seria formado por vários elementos que, isoladamente considerados, não são capazes de explicar suficientemente o que seria esse instituto fundamental do direito processual.<sup>66</sup> A teoria do processo como procedimento animado por uma relação jurídica em contraditório enxerga o processo sob dois aspectos, quais sejam, o aspecto extrínseco e o aspecto intrínseco. O aspecto extrínseco é o procedimento realizado em contraditório, enquanto o aspecto intrínseco é a relação jurídica processual. Esta é compreendida pelas faculdades, poderes, deveres, ônus e estado de sujeição das partes no processo, que se desenvolverá em contraditório. São duas facetas de uma mesma realidade, não havendo razão para descartar a relação jurídica ou o contraditório na conceituação de processo.<sup>67</sup>

Considerando o desenvolvimento das teorias do processo, percebem-se as diferenças entre as metodologias aplicadas para conceber o processo nos diversos momentos históricos. Por ser fruto do contexto histórico, não é possível afirmar categoricamente qual é a teoria adotada no processo civil brasileiro, mormente em razão das recentes reformas processuais e

---

<sup>66</sup> CÂMARA, *op.cit.*, p. 166.

<sup>67</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *op. cit.*, p. 305.

da recente vigência do novo código de processo civil. É possível, porém, considerando as críticas recíprocas que se fazem as teorias mencionadas, atestar a existência de três elementos que, façam ou não parte da natureza jurídica do processo, nele estarão presentes. São eles: o procedimento; a relação jurídica processual; e o contraditório. Sendo o contraditório o último e mais recente elemento integrante do processo, passa-se à análise do princípio no processo de conhecimento.

## **2.2 O contraditório no processo de conhecimento**

O contraditório é previsto no ordenamento constitucional vigente como cláusula pétrea, uma vez que elencado dentre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. É elemento essencial do processo para a teoria mais moderna sobre o processo, que afirma a não existência de processo sem o contraditório. Cuida-se, em última análise, de um princípio essencial ao direito processual, sendo o seu estudo realizado sob duas grandes searas: a jurídica e a política, concentrando-se naquela as considerações a seguir.

Em sua concepção clássica ou tradicional, o contraditório é conceituado como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a conseqüente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.<sup>68</sup> Imediatamente identificados os dois elementos do conceito tradicional: a informação e a possibilidade de reação.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> O conceito tradicional de contraditório é de aceitação pacífica na doutrina nacional. Por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 4.

<sup>69</sup> GONÇALVES, op.cit., p. 126

Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Júnior<sup>70</sup> afirmam que o princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias, que representam as duas faces do contraditório: a formal, que seria o direito de participar e ser ouvido nos processos administrativos e judiciais; e a material, que seria o direito de poder influenciar na decisão judicial mediante o uso de argumentos.

No aspecto formal está o primeiro elemento do conceito clássico do contraditório, visto essencialmente como a necessidade informação, naturalmente associado à “necessidade de a parte ter conhecimento do que está ocorrendo no processo, para que possa se posicionar – positiva ou negativamente – a esse respeito”.<sup>71</sup> Viabilizam a informação dos atos praticados no processo os institutos da citação e da intimação, reconhecidos pelo Código de Processo Civil, respectivamente, como o ato que se presta a integrar o demandado à relação jurídica processual e a informá-lo da existência de demanda judicial contra ele proposta pelo demandante; e o ato responsável por dar ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa.<sup>72</sup> A oportunidade de conhecimento da parte sobre os atos praticados no processo realizada pela atos da citação e da intimação constitui o conteúdo mínimo do princípio do contraditório.

O segundo elemento do conceito clássico é a possibilidade de reação, que será dependente da manifestação da parte no tocante aos direitos disponíveis. Assim, a possibilidade de manifestação mencionada no conceito apresentado varia de acordo com a maior ou menor disponibilidade do direito material controvertido. Nos direitos disponíveis, o contraditório

---

<sup>70</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 58. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258-259.

<sup>71</sup> NEVES, op. cit., p. 64.

<sup>72</sup> O tema é tratado nos artigos 238 e 269. BRASIL. Lei 13.105/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2015. “Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual. Art. 269. Intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo”.

estará garantido tão somente com a oportunidade da parte de se manifestar. Se o réu, citado, não se defender, sua revelia terá como efeito a presunção de veracidade das alegações do demandante.<sup>73</sup> Todavia, nas demandas que têm como objeto direitos indisponíveis, o contraditório exige a efetiva reação, caso em que a lei processual possui instrumentos para considerá-la fictamente realizada. Nessa linha, não se presumem verdadeiros os fatos alegados pelo autor diante da revelia do réu quando a demanda versar sobre direitos indisponíveis.<sup>74</sup> Em suma, nos direitos disponíveis a reação é fática, existente apenas quando a parte efetivamente reagir, enquanto nos direitos indisponíveis a reação é jurídica, o que significa que, ainda que a parte não reaja efetivamente, a lei regula os efeitos jurídicos da reação.

A revelia é um estado de fato gerado pela ausência jurídica de contestação. Tal ausência deve ser necessariamente jurídica, não se descuidando que há casos em que o réu apresenta contestação fática, a exemplo da contestação intempestiva. Percebe-se que o artigo 344 do CPC confunde o conteúdo da revelia com o seu efeito principal, que é a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

Os efeitos da revelia são, além da presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, a desnecessidade de intimação do réu revel e o julgamento antecipado do mérito, previsto no artigo 355, II do CPC. No tocante ao primeiro e principal efeito, porém, tem-se que somente os fatos são presumidos verdadeiros; a matéria jurídica não é alcançada. Pelo princípio do *iura novit curia*, não se pode vincular o magistrado à fundamentação jurídica do autor só porque o réu é revel.

---

<sup>73</sup> BRASIL. Lei 13.105/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2015. Artigo 344, CPC: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”.

<sup>74</sup> BRASIL. Lei 13.105/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2015. Artigo 344, CPC: Artigo 345, II, CPC: “A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: (...) II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

A presunção de veracidade é relativa, podendo ser afastada no caso concreto, além das hipóteses do artigo 345, do CPC nos casos em que os fatos são inverossímeis, ou seja, não aparentam ser verdadeiros ou improváveis, caso em que o juiz, aplicando as máximas de experiência, poderá exigir do autor a produção de prova, afastando o efeito da revelia.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>75</sup> observa um caso em que a reação é absolutamente indispensável, exigindo o contraditório efetivo: “quando a citação tiver sido feita por meios precários, como a publicação de editais, vindo o réu a permanecer revel. A lei manda que se dê curador a esse demandado, com o múnus de oferecer obrigatoriamente a defesa, sob pena de nulidade de todos os atos subsequentes”. Na maioria dos casos, em regra, a reação ante a citação é apenas possível, mas em casos como esse será necessária, porque não realizada de modo confiável, não sendo possível determinar se o réu não contestou porque não quis ou porque não leu o edital.

No binômio informação-possibilidade de reação, que compõe o conceito clássico de contraditório, deve ser aplicado o princípio da isonomia, considerando que como o princípio do contraditório somente se efetiva com a possibilidade de reação das partes aos atos praticados pela parte contrária, essa manifestação deve ser feita em igualdade de posições, chamada pela doutrina de paridade de armas.<sup>76</sup> O princípio da igualdade é aqui visto como forma de efetivação da paridade, ao conferir às partes as mesmas oportunidades de manifestação.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>77</sup> relaciona os princípios do contraditório e da isonomia ao afirmar que a conjugação de ambos os princípios torna o contraditório efetivo e equilibrado. É

---

<sup>75</sup> DINAMARCO, op.cit., p. 521.

<sup>76</sup> MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório?. *Revista de Processo*. ano 5, n. 17, jan./mar. 1980, p. 111.

<sup>77</sup> DINAMARCO, op.cit., p. 95.

exigência do devido processo legal a coexistência harmônica dos citados princípios, tendo as partes do processo não só oportunidade de participação, mas identidade de oportunidades.

Alexandre de Freitas Câmara<sup>78</sup>, no mesmo sentido, afirma que deve ser assegurado não só o contraditório, mas “um contraditório que, além de efetivo (ou seja, capaz de permitir resultados adequados na formação do provimento jurisdicional), seja também equilibrado, o que se assegura com a igualdade substancial de tratamento deferida às partes”.

A concepção formal do princípio do contraditório reflete a construção do processo civil onde o juiz encontra posição hierárquica superior a das partes, e a decisão judicial é formada unilateralmente como ato de expressão do poder estatal. Nesse cenário, o julgador está distante de ambas as partes, a fim de garantir que as oportunidades conferidas a uma sejam idênticas às oportunidades dadas a outra.<sup>79</sup> A virtude de tamanha imparcialidade cede aos resultados práticos danosos no caso concreto, quando o dizer e o contradizer das partes não encontra ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, desse modo, apenas uma participação fictícia e aparente.<sup>80</sup>

Em síntese, no contraditório sobre o prisma formal, a informação é veiculada através da citação e da intimação, enquanto a reação é caracterizada pela possibilidade, e não pela necessidade ou obrigatoriedade que tem uma parte de se contrapor à pretensão ou alegação da outra.

No aspecto material ou substancial do conceito de contraditório é encontrado o que a doutrina<sup>81</sup> chama de poder de influência das partes na decisão do julgador. De fato, de nada valeria permitir que as partes, após tomarem conhecimento da existência e do conteúdo do

---

<sup>78</sup> CÂMARA, op.cit., p. 61.

<sup>79</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 55.

<sup>80</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. ano 34, n. 168, fev. 2009, p. 118.

<sup>81</sup> MARINONI, op.cit., p. 259.



processo, e após terem a oportunidade de reagirem ou não ao ato praticado, encerrar a participação dos sujeitos processuais. Afirma-se, então, que as partes devem ser não apenas ouvidas, mas ouvidas em condições de interferirem com os seus argumentos nas decisões tomadas pelo julgador no curso do processo, até e inclusive na sentença. O poder de influência passa a ser, portanto, o terceiro elemento do contraditório, ao lado dos elementos da informação e da reação.

A inserção do terceiro elemento do contraditório surgiu na Alemanha, onde foram publicados os primeiros estudos conclusivos sobre a insuficiência da garantia do contraditório formal.<sup>82</sup> Contudo, para que o contraditório em seu aspecto material ou substancial possa ser garantido, uma nova forma de ver e praticar o processo passa a ser exigida, em primeiro lugar, dos órgãos julgadores, tema a ser abordado no capítulo seguinte.

As expressões processo de conhecimento e processo de execução, adotadas pelo Código de Processo Civil, servem para diferenciar o conjunto de atividades processuais destinadas à cognição de uma causa ou à execução de um dever jurídico, respectivamente. No processo de conhecimento, a atividade central realizada é a de cognição, razão do nome dado a esse coletivo de atos.

A cognição é definida por Kazuo Watanabe<sup>83</sup> como a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las.

---

<sup>82</sup> Sobre o tema, vide os ensinamentos de Leonardo Greco, para quem “somente por meio de um constante e intenso diálogo do juiz com as partes se concretizará o contraditório participativo, mediante o qual o poder de influência se tornará uma realidade”. GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. I. 4. ed. São Paulo: Forense, 2013, p. 440.

<sup>83</sup> WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 207.

A finalidade essencial do módulo processual de conhecimento é a obtenção de uma declaração, consistente em conferir certeza jurídica à existência ou inexistência do direito afirmado pelo demandante em sua petição inicial.<sup>84</sup> Nessa atividade decisória o magistrado examina e valora os argumentos invocados pelas partes, a legislação aplicável ao caso e as provas produzidas na instrução processual, sobre tudo emitindo juízos de valor.

Assim, o princípio do contraditório não é necessário apenas para a prolação da sentença de mérito. Ele deve ser observado ao longo de todo o procedimento, relativamente a todas as questões, sejam de rito ou de mérito<sup>85</sup>. Ao longo de todo o procedimento há questões a serem enfrentadas. Para examinar e decidir sobre cada uma delas, deve o juiz instaurar o contraditório prévio.

Enquanto o contraditório no processo de execução é limitado, porque nele o juiz não é chamado a prover sobre o mérito da causa, não havendo nesse tipo de processo o julgamento da pretensão do demandante ou a declaração da existência do crédito exigido, no processo de conhecimento o contraditório é pleno, abrangendo também a discussão sobre o mérito da causa. Em ambos os processos, porém, o magistrado profere decisões quanto a questões, como as referentes à presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, ou dos requisitos necessários para a prática dos atos processuais. Em todos eles, frise-se, o contraditório deverá ser observado.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> CÂMARA, op.cit., p. 308.

<sup>85</sup> FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, giugno 1986, n. 2, p. 431.

<sup>86</sup> Flávio Cheim Jorge aponta, porém, a existência de divergência na doutrina quanto a incidência do princípio do contraditório no processo de execução. Afirma o autor que “autores consagrados, como Liebman, La China, Alfredo Buzaid, Satta, defendem a sua inexistência. Liebman diz que não existe equilíbrio entre as partes na execução, não sendo permitido ao executado impedir a efetivação sancionadora da norma nem discutir o direito do autor. Já La China menciona que o contraditório possui dois aspectos essenciais: informação e reação, sendo o primeiro previsto e o segundo, realizado por meio de contestação, exceção e prova, institutos que seriam completamente estranhos ao processo de execução. Já outros autores, como Enrico Redenti, Giuseppe Tarzia, Cândido Dinamarco e Leonardo Greco entendem de forma diferente. O contraditório na execução é mitigado ou reduzido, mas não inexistente, pois se permite o controle dos atos executórios e das condições de existência e

Concentrando-se a análise no processo de conhecimento, toma-se como exemplo prático o artigo 146 do CPC<sup>87</sup>, que informa o termo inicial para a contagem do prazo para o ingresso das exceções rituais de impedimento ou suspeição, qual seja, a data do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição.

Tal regra colabora para a efetividade do princípio do contraditório no processo de conhecimento. Para que a parte possa reagir a qualquer das causas das exceções rituais, é indispensável que ela tenha ciência desse fato, somente podendo ser contado o prazo a partir do conhecimento do fato que gerou a exceção, e não do fato em si.

O presente entendimento era desprezado durante a vigência do CPC de 1973, diploma no qual o prazo para as exceções rituais era de quinze dias, contados da ocorrência do fato, nos termos do revogado artigo 305 do CPC/73.

Uma hipótese de aplicação prática do presente entendimento pode ser vista na seguinte situação: a parte ré casou-se com o magistrado quinze dias antes do ajuizamento da ação, fato gerador de flagrante causa de impedimento, mas somente conhecido pela parte autora quando da realização da audiência de conciliação. Impedir ou não receber a exceção de impedimento com fundamento na preclusão temporal, mostra a teratológica aplicação literal do dispositivo constante no CPC de 1973.

Outro exemplo, de ocorrência mais frequente na prática processual, é fornecido por Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>88</sup>: “a hipótese de incompetência relativa que se verifica na

---

procedibilidade da demanda e do processo”. CHEIM JORGE, Flávio. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. *Revista de Processo*. v. 114, 2009, p. 307.

<sup>87</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016. Artigo 146: “No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas”.

<sup>88</sup> NEVES, op. cit., p. 363.

data da propositura da demanda, sendo quase certo que o réu será citado depois de quinze dias dessa data. Não poderia ingressar com exceção de incompetência em razão da preclusão temporal?”. Com o atual tratamento da matéria, dado pelo artigo 340, CPC<sup>89</sup>, o réu alega a exceção de incompetência absoluta ou relativa no bojo da contestação, podendo, inclusive, protocolar a peça processual no foro do seu domicílio, sendo o juiz comunicado de tal procedimento.

A acepção mais atual acerca do princípio do contraditório enxerga-o como condição primordial para a legitimação do exercício da jurisdição. Inicialmente, a lei processual, com vistas à efetivação do contraditório, deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes o uso desses meios. Indo além, a efetivação desejada pelo princípio requer do próprio juiz o dever de participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. Assim, o contraditório passa a exigir um diálogo construtivo entre as partes e o juiz para a melhor instrução daquele que vai decidir. Daí advém o dever de colaboração no processo civil.

---

<sup>89</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016. Artigo 340: “Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa.

§ 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual for distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento.

§ 3º Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.

§ 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação”.

### 3 A ATUAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

Foram definidas as balizas do princípio do contraditório no Direito Processual Moderno, a representar um instituto que vai além do que a simples ciência bilateral dos atos processuais unida à possibilidade de contestá-los, sendo indispensável enxergá-lo como uma garantia de efetiva participação das partes. Não basta a simples possibilidade de reagir, devendo ser perseguida a substancial ocorrência dessa reação.

No presente capítulo serão apresentadas as atuações de cada um dos sujeitos processuais diante da releitura da lei processual civil em face da Constituição. Ver-se-á que as partes devem ter asseguradas o tanto quanto possível a sua participação e a capacidade de influir no convencimento e consequente decisão do julgador. O juiz, por sua vez, deve promover a chamada justiça distributiva, pela qual é conferido tratamento paritário aos sujeitos processuais, concedendo-lhes as mesmas oportunidades de participação.

O princípio do contraditório, antes somente direcionado ao autor e ao réu, agora tem o juiz como próximo destinatário. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>90</sup>, “modernamente, inconcebível qualquer processo sem o ativismo judicial, participando diretamente o juiz dos debates e tomando a iniciativa na produção da prova”.

#### 3.1 O princípio do contraditório e as partes

---

<sup>90</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94.

No que tange à atuação das partes durante a prática dos atos processuais, uma das formas de se assegurar o princípio do contraditório é garantir a possibilidade de uma parte contestar a pretensão da outra, mas tendo a parte, antes da contestação, ciência de todos os fatos e fundamentos jurídicos que lhe foram imputados. A ciência bilateral dos atos processuais, seguida da possibilidade de contestá-los revela-se, como já afirmado, essencial à existência do princípio do contraditório, que somente se legitima com o total acesso pela parte do conhecimento sobre o ato a ser impugnado.<sup>91</sup>

É preciso, todavia, ir além. Seguindo o entendimento doutrinário dominante<sup>92</sup>, defende-se a aplicação prática do contraditório substancial, não bastando o mero debate das questões entre as partes do processo, mas sim o real exercício do direito de defesa, que se manifesta nas alegações bastantes e suficientes para construção do convencimento do magistrado. Nessa ordem de ideias, o contraditório deve incluir a manifestação sobre os fatos ocorridos e das razões de direito que são levadas ao juiz, a fim de que este possa decidir acerca de cada questão proposta.

Considerando que o processo tem como seu elemento integrante mais recente o contraditório, é recente na prática processual a visualização prática da dialética, que se manifesta por meio da atividade contraposta das partes, que entregam ao juiz o material fático e jurídico da causa. A atuação das partes deve condizer com a dinâmica dialética do processo, que se traduz na “possibilidade de intervir de forma não episódica e, sobretudo, de exercer um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como a necessidade de se submeter aos controles e reações alheias”.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> PINTO JUNIOR, Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. In: *Temas atuais de Direito Processual Civil*. v.12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

<sup>92</sup> Por todos: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*. v. 19, n. 73, p. 7–14, jan./mar., 1994, p. 34.

<sup>93</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 31.

A decisão judicial, ato de poder estatal que atinge a esfera jurídica das pessoas, possui força vinculante. Cândido Rangel Dinamarco explica que o fator de legitimação dessa força vinculante para as partes do processo é a ideia, de cunho político-filosófico, de que o exercício do poder somente se torna legítimo quando é preparado por atos idôneos, segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.<sup>94</sup>

Algumas breves considerações sobre os princípios da demanda e do dispositivo são importantes à compreensão da atuação das partes no processo em contraditório.

O princípio da demanda, também chamado de princípio da adstrição, é mencionado em quatro momentos no Código de Processo Civil<sup>95</sup>. Ele informa que é vedado ao magistrado instaurar um processo *ex officio*. São duas as principais razões de ser do princípio da demanda no processo civil brasileiro.

Em primeiro lugar, ele serve para evitar a existência de ações iguais, chamada de litispendência, e os institutos a ela correlatos, tais como a coisa julgada e a cumulação de ações. Explica-se: o princípio da demanda, ao fixar os limites da discussão processual e dos pedidos realizados pela parte autora em sua petição inicial, individualizada a demanda. Os chamados elementos identificadores da ação, que podem ser compreendidos como uma comparação entre duas ou mais ações com a finalidade de se verificar se elas são idênticas ou diferentes, ensinadas nas lições clássicas de direito processual civil<sup>96</sup>, buscam impedir a existência de ações iguais e de decisões contraditórias.

---

<sup>94</sup> Esclarece o autor: “Tal é uma derivação da conhecida tese da legitimação pelo procedimento, lançada em sede de sociologia política e de valia em relação a todas as áreas de exercício do poder (Niklas Luhmann). Na realidade, o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância dos procedimentos, mas a participação que mediante o correto cumprimento das normas processuais tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal”. DINAMARCO, op. cit., p. 518.

<sup>95</sup> O princípio é extraído da leitura dos artigos 2º, 141, 490 e 492 do CPC.

<sup>96</sup> Para Chiovenda, causa de pedir é o fundamento, a razão de uma pretensão, ou seja, é, fundamento do pedido do autor. Conforme seu entendimento: “Antes de mais, excluamos, que a *causa petendi* seja a norma de lei invocada pela parte em juízo. Individua-se e identifica-se a ação por meio dos elementos de fato (...) e não pela norma

O princípio da demanda identifica o núcleo de uma ação ou o objeto litigioso do processo a partir da causa de pedir. Por causa de pedir entende-se o fato ou o conjunto de fatos que servem para fundamentar a pretensão do demandante, gerando o fato e o direito, e impondo um juízo.<sup>97</sup>

Em segundo lugar, a principal função do princípio da demanda é a garantia do contraditório, nos moldes apresentados no presente trabalho. Identificado o núcleo da ação ou introduzido o objeto litigioso do processo é que poderá a parte ré estabelecer o fundamento de sua defesa, dentro dos limites impostos pela parte autora.

De acordo com esse entendimento é o pensamento de Walther J. Habscheid<sup>98</sup>, processualista alemão defensor da ideia pela qual a causa de pedir atua não apenas na individualização da demanda, mas também na necessidade de que a parte ré saiba se defender das alegações de direito e de fato pelos quais fundamenta a parte autora a sua pretensão.

De acordo com o referido processualista, a razão da existência de um limite para a discussão numa determinada ação é evitar a surpresa para a parte ré e sua defesa. É inadmissível que uma demanda seja julgada procedente considerando fatos não invocados pela parte autora, pela simples justificativa de que sobre eles não se pronunciou a parte ré. Conclui-se, assim, que o princípio da demanda encontra fundamento não apenas no Código de Processo Civil, mas também no comando constitucional do contraditório.

---

abstrata de lei. Por consequência, a simples mudança do ponto de vista jurídico (ou seja, a invocação duma norma diferente no caso de que um fato possa incidir em diferentes normas de lei) não importa diversidade de ações; é lícita, portanto, assim à parte como ao Juiz". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, v.2, 1999, p. 385.?"

<sup>97</sup> Na doutrina moderna, José Carlos Barbosa Moreira ensina que "para identificar a causa de pedir basta responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras, qual o fundamento de sua pretensão?". BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 15.

<sup>98</sup> HABSCHIED, Walther J. *Introduzione al Diritto Processuale Civile Comparato*. Bologna: Maggioli, 1985, p. 461.



O sistema processual inquisitivo é caracterizado pela acumulação dos poderes de acusar e julgar nas mãos do juiz. Nesse sistema, é o magistrado quem formula a acusação, busca, colhe e pesquisa as fontes de prova e, ao final, julga. Nesse modelo de processo, a parte ré não é um sujeito de direitos e deveres processuais, mas sim simples objeto do processo. O sistema inquisitivo é uma reminiscência, algo que ficou na história, cujo ápice foi o Período de Inquisição pela Igreja Católica, com os Tribunais do Santo Ofício.

O sistema processual dispositivo, também chamado de acusatório, por sua vez, é caracterizado pela absoluta separação entre as funções de acusar, de defender e de julgar. É um processo de partes (autor, acusação e réu), sendo as partes consideradas sujeitos de direitos e deveres processuais.

O ordenamento jurídico brasileiro é caracterizado pela mescla dos sistemas dispositivo e inquisitivo, com leve preponderância do princípio dispositivo. Comprova tal constatação a redação do artigo 2º, CPC<sup>99</sup>: “O processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Na primeira parte do artigo vemos uma aplicação clara do sistema dispositivo, enquanto na segunda parte uma ostensiva permissão do exercício do sistema inquisitivo.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016.

<sup>100</sup> Ovídio Araújo Baptista da Silva oferece outros exemplos comprobatórios da aplicação preponderante do princípio do dispositivo no Código de processo Civil, ao afirmar que no art. 128 (atual artigo 141) “volta o legislador a referir-se ao mesmo princípio, ao declarar que o juiz há de ficar sempre adstrito ao pedido do autor, decidindo a lide nos limites em que haja sido proposta, sendo-lhe defeso conhecer as questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exija iniciativa da parte”; no artigo 294 (atual artigo 329, I), “dispõe o Código sobre a vedação de novos pedidos que o autor não haja incluído na demanda inicial, determinando que os mesmos só possam ser formulados em demandas distintas”; finalmente o artigo 460 (atual 492), “declara ser vedado ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa do pedido, bem como condenar ao réu em quantia superior ou objeto diverso do que lhe foi demandado”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Curso de Direito Processo Civil, v.I, 2. ed. São Paulo: Fabris, 1991, p. 47. Outras demonstrações do sistema misto é fornecida por Daniel Amorim Assumpção Neves: “O juiz está vinculado aos fatos jurídicos componentes da causa de pedir, o que depende da vontade da parte, mas as provas a respeito dos fatos podem ser determinadas de ofício pelo juiz (art. 130 do CPC), o que demonstra uma característica do sistema inquisitivo. Segundo o art. 131 do CPC, o juiz pode levar em consideração em sua decisão os fatos simples, ainda que não alegados pelas partes, regra esta que também consagra o princípio inquisitivo”. NEVES, op. cit., p. 71.

O princípio dispositivo preconiza que o juiz não pode conhecer de matéria a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Antes, deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. É expresso pelos aforismos latinos *ne procedat iudex ex officio* e *ne eat iudex ultra petita partium*.

Ordinariamente, a sistemática processual confere primeiramente às partes litigantes os meios de participação no processo em contraditório, o que se faz pela evidente constatação de ser delas o bem da vida levado ao juízo. Outro motivo é o fato de que os sujeitos processuais, em regra, conhecem melhor os fatos relevantes da causa e que provas são mais efetivas ao seu deslinde.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>101</sup> afirma:

[...] quem vem a juízo postular ou resistir é movido pela aspiração ao bem da vida litigioso, seja para obtê-lo (autor, demandante), seja para conservá-lo (réu, demandado). Sabido que o processo tem o escopo magno de eliminar conflitos, não só é natural que as pessoas envolvidas nestes se confie a iniciativa de instaurá-lo, sendo proibido ao juiz fazê-lo de ofício, como ainda que se conte com a participação de cada um em busca de solução favorável.

O contraditório tem início no processo desde a distribuição da petição inicial. Ajuizada a ação, com fundamento no princípio dispositivo<sup>102</sup>, tem a parte autora em seu ato voluntário de iniciar o processo a exclusiva competência para fixar a pretensão deduzida em juízo, que pode ser entendida como a alegação dos fatos constitutivos essenciais (substrato da *causa petendi*). É ainda da parte autora a prerrogativa de qualificar e descrever o pedido, momento em que o direito material e o direito processual se tocam, deixando nítida a característica instrumental deste em relação àquele.

---

<sup>101</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 518.

<sup>102</sup> A aplicação do referido princípio, frise-se, é restrita ao ajuizamento da ação, pois, uma vez instaurado o processo, haverá o impulso oficial para o seu andamento.

A clássica lição processualista dos requisitos da petição inicial passa invariavelmente pela leitura do artigo 319 do CPC<sup>103</sup>, cujo inciso III exige a indicação do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido. Da simples leitura do artigo extrai-se que a indicação dos fundamentos nos quais a parte autora formulará o seu pedido é uma exigência processual. Cuida-se de um requisito essencial e, portanto, obrigatório. Sua inexistência acarreta o indeferimento da petição inicial, nos moldes do artigo 321, parágrafo único do CPC<sup>104</sup>.

O dever que possui a parte autora de demonstrar e indicar exatamente a pretensão que possui se justifica primordialmente na garantia do contraditório. Somente dessa forma estará a parte autora possibilitando à parte ré oferecer a sua resposta, bem como indicando ao julgador o conteúdo e a dimensão do objeto litigioso, e ainda de que maneira ele deseja ver apreciado.

Além do descumprimento do requisito de forma, que sozinho impede o deferimento da petição inicial, a ausência de motivação viola o princípio da dialeticidade, ínsito a todo processo. De acordo com esse princípio, toda pretensão deve ser formulada por meio de petição onde a parte, além de manifestar o direito material do qual afirma ser titular, deve proceder à indicação dos motivos de fato e de direito pelos quais deseja o julgamento.

---

<sup>103</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016. Artigo 319, CPC: “A petição inicial indicará: I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

<sup>104</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016. Artigo 321, CPC: “O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.

Marcelo Abelha Rodrigues<sup>105</sup> ressalta que a importância da dialeticidade está diretamente relacionada com outros dois princípios de vital importância no processo civil: o dispositivo, que delimita o mérito da ação e o contraditório, que oferece à parte o direito amplo de apresentar sua defesa.

Após descrever os fatos constitutivos do seu direito, deve a parte autora atentar à descrição dos pedidos, que podem ser certos e determinados; genéricos; implícitos; ou cumulados. Os pedidos são descritos como exigência da petição inicial no artigo 324 do CPC, cujos requisitos são cumulativos e não alternativos. Assim, conclui-se inicialmente que o requisito certeza é exigido tanto no pedido imediato quanto no pedido mediato, pois o direito processual brasileiro não admite pedido incerto.

O requisito determinação, porém, só se refere ao pedido mediato, porque guarda relação com a quantidade e a qualidade do bem da vida desejado. Há exceção ao requisito determinação do pedido, hipótese em se admite o pedido genérico, que é aquele que deixa de indicar a quantidade de bens da vida pretendida pelo autor, somente sendo possível mediante permissão legal.<sup>106</sup> Mesmo no pedido genérico, frise-se, cabe ao autor fazer pedido certo, determinando a espécie de tutela e o gênero do bem da vida.

---

<sup>105</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 516.

<sup>106</sup> É possível fazer pedidos genéricos: 1 - nas ações universais, nas quais o objeto é uma universalidade de bens, universalidade essa, por sua vez, que pode ser fática, a exemplo dos livros que compõem uma biblioteca ou jurídica, a exemplo da herança; 2 - quando for impossível determinar as consequências do ato ou do fato ilícito, nos termos do artigo 324, II do CPC, porque ele ainda não exauriu os seus efeitos quando da propositura da demanda; 3 - quando a valoração do bem depender de ato a ser praticado pelo réu, nos termos do artigo 324, III do CPC, a exemplo da ação de prestação de contas. Sobre os pedidos, uma última espécie deve ser mencionada: de acordo com o artigo 492 do CPC, em regra, o pedido deve ser expresso, com exceção do pedido implícito, que é qualquer tutela não pedida pelo autor que a lei permite que o juiz conceda de ofício. São eles: as despesas e custas processuais; os honorários advocatícios, previstos no artigo 82 do CPC; a correção monetária, prevista no artigo 404 do CC); as prestações vincendas no curso do processo, previstas no artigo 323 do CPC; os juros legais/moratórios, previstos nos artigos 404 e 406 do CC; e a prestação de alimentos, prevista no artigo 7º da Lei 8.560/92.

A atuação da parte autora no processo deve ser marcada pela introdução dos fatos constitutivos do direito que afirma possuir, e da enumeração precisa dos pedidos, momento a partir do qual, após a citação, poderá a parte ré preparar a sua defesa, sendo certo ainda, em tema a ser estudado adiante, que o magistrado deverá se ater a esse limite quando proferir a sentença. Tal é a função da previsão da causa de pedir e dos pedidos como requisitos da petição inicial, a permitir à parte ré uma contestação efetiva, com pleno conhecimento dos motivos e pedidos que serão apreciados pelo julgador ao analisar o mérito da demanda.

Ambas as partes do processo de conhecimento, maiores conhecedoras e interessadas nos fatos que circundam a causa podem, cada uma no momento processual adequado ou diante de novas circunstâncias, indicar as pessoas que servirão de testemunhas, solicitar perícias, juntar ou informar a existência de documentos que melhor elucidam a controvérsia. Podem, enfim, se valer de todos os meios de prova admitidos pelo ordenamento jurídico, sendo o seu interesse em participar do processo uma garantia fundamental.<sup>107</sup>

Cândido Rangel Dinamarco sustenta que para cumprir o mandamento constitucional citado, os procedimentos existentes no direito processual civil contêm momentos para que cada uma das partes conjugue três verbos, a saber: pedir, alegar e provar.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Artigo 5º, LV da Constituição da República: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>108</sup> Explica o autor que “o autor alega e pede na demanda inicial; instituído o processo mediante o ajuizamento desta, o réu é admitido a pedir logo de início, podendo alegar fundamentos de defesa e postular a improcedência da demanda ou a extinção do processo; o autor pode pedir a antecipação da tutela, o que obterá se concorrerem os requisitos postos em lei (CPC, art. 273); ambas as partes são admitidas a produzir provas dos fatos alegados; a parte contrariada por uma decisão tem o caminho aberto para pedir ao tribunal uma decisão favorável (recurso). Ao pedir, cada um dos litigantes alega, isto é, traz fundamentos destinados a convencer o juiz; e alega também, ao fim do procedimento e antes da sentença, analisando os fatos, as provas e todas as consequências jurídicas daqueles, etc.”. DINAMARCO, op. cit., p. 519.

De fato, no processo de conhecimento, o procedimento é estruturado em dois grandes momentos: um destinado à dedução de pedidos, denominado de fase postulatória; outro destinado à produção de provas e alegações das partes, denominado de fase instrutória.

Após a distribuição da petição inicial, considerando o trâmite regular da ação, em que não há pedido de tutela antecipada sem a audiência prévia da parte ré, esta será citada, a fim de que possa oferecer resposta. A contestação é a resposta defensiva pela qual a parte ré se insurge contra a pretensão da parte autora. A doutrina<sup>109</sup> divide as matérias de defesa passíveis de alegação na contestação em defesas processuais, que por sua vez se subdividem em: a) defesas dilatórias, b) defesas peremptórias e c) defesas dilatórias potencialmente peremptórias; e em defesas de mérito, que se subdividem em defesas de mérito diretas e defesas de mérito indiretas.

Defesas processuais ou indiretas são aquelas que não têm por objeto a essência do litígio, não dizem respeito ao direito material alegado pelo autor, mas tão somente à regularidade formal do processo. Elas estão previstas no artigo 337 do CPC e são tratadas como defesas preliminares em razão do local em que se situam na contestação, cabendo ao juiz apreciá-las antes das defesas de mérito.

As defesas processuais dilatórias são aquelas cujo acolhimento não põe fim ao processo, mas apenas aumentam o tempo de duração do procedimento, e encontram-se previstas nos incisos I, II e VIII do artigo 337 do CPC. As defesas processuais peremptórias são aquelas que, se acolhidas, fazem com que o processo seja extinto sem a resolução do mérito, e encontram-se previstas nos incisos IV, V, VI, VII, X e XI do artigo 337 do CPC. As defesas dilatórias potencialmente peremptórias<sup>110</sup> são aquelas que, se acolhidas, permitem ao autor o saneamento do vício, mas em caso de omissão do autor, a defesa toma a natureza de peremptória, gerando

---

<sup>109</sup> Por todos: FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004, p. 628

<sup>110</sup> A classificação de defesas processuais dilatórias potencialmente peremptórias é apresentada com exclusividade por Daniel Amorim Assumpção Neves. NEVES, op. cit., p. 349.

a extinção do processo sem resolução do mérito, e encontram-se previstas nos incisos IX e XII do artigo 337 do CPC.

As defesas de mérito são aquelas que dizem respeito ao direito material alegado pelo autor, sendo objetivo do réu convencer o juiz de que tal direito não existe. O conteúdo da pretensão do autor é o objeto de impugnação da defesa de mérito. Ela pode ser direta, em que o réu enfrenta os fatos e os fundamentos jurídicos narrados pelo autor, buscando demonstrar que eles não ocorreram conforme narrado ou que as consequências jurídicas pretendidas pelo autor não são adequadas<sup>111</sup>; ou indireta, quando o réu, sem negar as afirmações do autor, alega um fato novo, de natureza impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor.<sup>112</sup>

Incidem sobre a contestação dois importantes princípios. O primeiro deles, previsto no artigo 341 do CPC, é o princípio da impugnação específica dos fatos, pelo qual se impõe à parte ré o ônus de rebater pontualmente todos os fatos narrados pela parte autora com os quais não concorda, tornando-os controvertidos e fazendo com que sejam objeto de prova. O momento para tal é a contestação, ocorrendo a preclusão consumativa se a parte ré deixar de impugnar algum fato.

O segundo princípio está previsto no artigo 342 do CPC, chamado de princípio da eventualidade ou da concentração, pelo qual se impõe à parte ré a exposição de todas as matérias de defesa de forma cumulada e alternativa na contestação, sob pena de não poder alegá-las posteriormente. O seu fundamento é a preclusão consumativa, e ela é eventual porque a parte ré alega as matérias de modo que a matéria posterior seja enfrentada na eventualidade de a matéria anterior ser rejeitada pelo juiz. O princípio é excetuado pelo próprio que o veicula, a saber, nos casos de direito superveniente; com relação às matérias que o juiz deve conhecer de

---

<sup>111</sup> MOREIRA, op. cit., p. 38.

<sup>112</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.3. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 466.

ofício e sobre aquelas que, pela lei, podem ser alegadas a qualquer momento, denominadas questões de ordem pública.

A segunda forma de resposta de qua a parte ré pode fazer uso no processo de conhecimento em aplicação do princípio do contraditório são as exceções rituais, cujo principal efeito é a suspensão do processo. Tais formas de defesa são de três espécies: incompetência relativa, impedimento e suspeição.<sup>113</sup>

A penúltima forma de resposta do réu no processo de conhecimento é a reconvenção. Disciplinada pelo 343 do CPC, a reconvenção pode ser compreendida como o exercício do direito de ação da parte ré dentro do processo em que a parte autora exerceu o direito de ação primeiro<sup>114</sup>. Ela causa uma ampliação objetiva ulterior do processo, que passa a contar com duas ações: a ação originária ou principal e a ação reconvenicional.

A reconvenção é uma faculdade<sup>115</sup>, e sendo indiscutível sua natureza de ação, ela deve preencher as condições da ação, a saber, legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do

---

<sup>113</sup> A legitimidade para alegações das exceções rituais é da parte ré apenas no caso da exceção de incompetência, pois para a parte autora ocorreu a preclusão lógica no momento em que distribuiu a petição inicial; no caso da exceção de impedimento e de suspeição, ambas as partes podem manejá-la. O momento e o órgão adequados para a alegação das exceções é a qualquer tempo e em qualquer grau, mais uma vez, com exceção da incompetência, cuja alegação é preclusiva, sob pena de prorrogação da competência, e deve ser apresentada no prazo de resposta, antes de qualquer outra modalidade, nos termos do artigo 337, II, CPC. A única exceção ritual que pode ser considerada uma resposta do réu é a incompetência relativa. O prazo para a interposição da exceção de incompetência é o prazo de resposta do réu; a de impedimento não tem prazo, podendo ser alegada até em rescisória, nos termos do artigo 966, II do CPC; a exceção de suspeição é de prazo de resposta ou, se conhecida apenas depois, no prazo de 15 dias, de acordo com o entendimento do STJ: RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DO PERITO. OMISSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. CAUSAS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO JUIZ. EXTENSÃO AO PERITO. ART. 138, III, DO CPC. PRAZO DE ARGUIÇÃO. OFERECIMENTO DE MAIS DE UM INCIDENTE NO MESMO PROCESSO. POSSIBILIDADE. INTERESSE NO JULGAMENTO DA CAUSA CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO(...) 3. Aplicam-se ao perito os motivos de impedimento e suspeição previstos para o juiz (CPC, art. 138, III), devendo o interessado arguir o incidente no prazo de 15 (quinze) dias contados da data em que tomou conhecimento dos fatos. Precedentes. (...). 6. Recurso especial provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1433098 GO 2012/0036379-2. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de Julgamento: 26/05/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198592100/recurso-especial-resp-1433098-go-2012-0036379-2>>. Acesso em: 16.mai.2016. Não sendo o tema foco principal do presente trabalho, o tema pode ser aprofundado em DIDIER, op. cit., p. 443-446.

<sup>114</sup> Nesse sentido: NEVES, op. cit., p. 372.

<sup>115</sup> É faculdade processual considerando que a parte ré pode, ao invés de apresentar a reconvenção, optar por ajuizar uma ação autônoma. Com o mesmo pensamento: DINAMARCO, Instituições, op. cit., p. 497.



pedido. Por expressa permissão do novo dispositivo legal, a reconvenção deve ser apresentada simultaneamente com a contestação, na mesma peça processual. Pelo princípio da instrumentalidade das formas, todavia, o Superior Tribunal de Justiça<sup>116</sup> já possuía jurisprudência a admitir contestação e reconvenção em uma única peça, desde que seja possível perceber a distinção entre o que é contestação e o que é reconvenção.

Sobre a legitimidade da parte, o artigo 343 do CPC exige uma identidade plena invertida de sujeitos. Em outras palavras, só o réu pode ser autor da reconvenção e só o autor da ação pode ser réu na reconvenção. Todavia, a doutrina admite de forma unânime a diminuição subjetiva na reconvenção nos casos de litisconsórcio, admitindo-se que somente um dos autores figure como réu na reconvenção ou que somente um dos réus apresente a reconvenção. Tal liberdade está naturalmente condicionada ao tipo de litisconsórcio na ação originária, qual seja, o litisconsórcio facultativo; sendo caso de litisconsórcio necessário, não cabe a diminuição.

Quanto à possibilidade de ampliação subjetiva na reconvenção, há controvérsia sobre a possibilidade de formação de litisconsórcio ativo ou passivo, com a participação de um sujeito que até então não participava da relação processual. Há entendimento no sentido de que a ampliação subjetiva da reconvenção fere o princípio da economia processual, considerando que o ingresso de novo sujeito ao processo torna a relação jurídica mais complexa.<sup>117</sup> Em sentido diametralmente oposto, há entendimento segundo o qual o mesmo princípio da economia processual não pode ser analisado sob a ótica microscópica do processo, mas sim macroscópica,

---

<sup>116</sup> Sobre o tema, ver STJ, REsp 1.335.994/SP. Há ainda o Enunciado nº 45 do Fórum Permanente de Processualistas Civis no seguinte sentido: “Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda principal”.

<sup>117</sup> É o entendimento de Luís Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Humberto Theodoro Junior: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2008, p. 168; THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 362.

dentro do conjunto de processos do Poder Judiciário. Assim, se a inclusão de um novo sujeito torna a relação jurídica mais complexa, por outro lado, evita-se a propositura de novas demandas.<sup>118</sup>

Sendo uma ação, assim que apresentada a reconvenção, a parte autora deverá ser intimada para que possa apresentar sua contestação, também no prazo de quinze dias, conforme prevê o artigo 343, §1º do CPC, em efetiva garantia do princípio do contraditório.

As considerações ora feitas sobre a reconvenção não perderam aplicação quando da vigência do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, artigo 343.<sup>119</sup> O novel código possui tem como vetor principal a simplificação dos procedimentos e a garantia de economia processual. Nessa linha, a reconvenção passou apresentada pelo réu na própria contestação, abrangendo pretensão própria conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. Há permissão expressa, porém, no §6º do citado artigo, de existência de reconvenção sem contestação. A característica da autonomia, ínsita à reconvenção, é garantida pelo §2º do artigo 343 do CPC.

Pondo fim à controversa possibilidade de ampliação subjetiva da demanda, os §§3º e 4º do artigo 343 do CPC expressamente acolhem a possibilidade de o réu apresentar reconvenção

---

<sup>118</sup> É o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, José Joaquim Calmon de Passos, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery e Luiz Fux: DINAMARCO, op. cit., p. 507; CALMOM DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 327; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 12.ed. São Paulo: RT, 2010, p. 702; FUX, op. cit., p. 636.

<sup>119</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016. Artigo 343: “Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. § 1º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção.

§ 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.

§ 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

§ 5º Se o autor for substituto processual, o reconvinente deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

§ 6º O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação”.

em face do autor e de terceiro, que deverá ser citado para integrar a demanda; bem como a possibilidade de o réu apresentar, em litisconsórcio com terceiro, reconvenção em face do autor. Ainda, o §5º do mesmo dispositivo legal permite que caso o autor seja substituto processual, o reconvinente deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

Apresentada a reconvenção pela parte ré na contestação, a parte autora será intimada, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 dias, conforme prevê o artigo 343, §1º do CPC.

A penúltima forma de resposta do réu no processo de conhecimento é o pedido contraposto, a formar as chamadas demandas dúplices, que são aquelas em que o réu está autorizado a formular pedido em seu favor na própria contestação. Os procedimentos que admitem essa técnica na atualidade são o procedimento sumaríssimo, nos termos do artigo 31 da 9.099/95 e o procedimento das demandas possessórias, nos termos do artigo 556 do CPC.

O pedido contraposto é aquele feito pela parte ré em face da parte autora, no bojo da contestação, sendo tal pedido fundado necessariamente nos mesmos fatos que serviram de fundamento para a demanda da parte autora. Verifica-se, assim, sua distinção em relação à reconvenção: não apenas é expressamente permitida a sua realização na mesma peça da contestação, mas também possui uma restrição legal quanto à sua amplitude, uma vez que enquanto no procedimento sumaríssimo e no procedimento sumário ele deve ficar restrito aos fatos da causa; no procedimento possessório é admitido apenas o pedido de indenização<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. *Editorial* 117. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-117/>>. Acesso em 08 dez. 2015.

A visão clássica ou tradicional do princípio do contraditório, que se contenta com a aplicação do binômio informação-reação é plenamente verificada na conjugação dos verbos pedir, alegar e provar, o que se faz sempre que a defesa de um interesse posto em juízo é resistida por outro sujeito. Informada a existência de um direito, a parte interessada exerce o contraditório mediante a reação ao ato que lhe é desfavorável, seja o ato proveniente da parte ou do juiz.

Conforme visto, a informação é indispensável ao processo, sob pena de nulidade absoluta, mas a reação é uma faculdade da parte, que enfrentará as consequências processuais de sua eventual e deliberada omissão.

### **3.2 A doutrina do formalismo-valorativo**

Construída por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>121</sup>, a doutrina do formalismo-valorativo tem por escopo o estudo do fenômeno processual sob a ótica dos direitos fundamentais constitucionais. De acordo com o seu pensamento, o processo não pode ser visto apenas e limitado em sua pura técnica, mas deve necessariamente ser tratado como fenômeno cultural, produto da ação do homem no meio social, imerso no Estado constitucional brasileiro. Ao invés de buscar a realização do direito material como o fim último do processo, passa-se à busca da realização da justiça material, a partir do exame das peculiaridades do caso concreto.

---

<sup>121</sup> Texto inaugural da referida doutrina: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132

Utilizando a referida visão constitucional do processo, a doutrina do formalismo-valorativo vem sendo estudada por processualistas na atualidade, entre eles Daniel Francisco Mitidiero<sup>122</sup>, que identifica no princípio do contraditório a base constitucional para a cooperação no processo, aplicando-a nas diversas fases do procedimento, tais como a fase de formação e estabilização, de organização retrospectiva e prospectiva, de decisão, de concretização da decisão e recursal, com o objetivo de estruturar um processo justo, condição para obtenção de uma decisão igualmente justa, valor inseparável do processo civil como o marco teórico do formalismo-valorativo.

O processo, visto em seu aspecto não apenas técnico, mas também cultural, veículo de realização da justiça material, é o local adequado para a ocorrência do debate democrático dos fundamentos apresentados pelas partes, de maneira que esse debate influencie no provimento jurisdicional. O direito ao contraditório se traduz, nessa linha de pensamento, em um dever de debate entre juiz e as partes, chamada de dever de cooperação.

O formalismo processual cooperativo é indelevelmente marcado pelo diálogo entre as pessoas do juízo. Tem natureza dialética, podendo ser entendido como o diálogo que corrige continuamente a lógica e não a lógica que controla o diálogo.<sup>123</sup>

Hermes Zaneti Junior<sup>124</sup> observa que a Constituição de 1988 incluiu em seu texto vários princípios de direito processual que não estavam previstos nas constituições anteriores, a exemplo do princípio do devido processo legal, bem como deu a alguns princípios âmbito ampliado, a exemplo do princípio do contraditório. Em tal proceder, a Constituição assumiu uma postura garantista, em que apoia a noção de processo democrático, ou, como visto no

---

<sup>122</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. v. 1., p. 36.

<sup>123</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, op. cit., p. 134.

<sup>124</sup> ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 191.

Capítulo 1, a noção de processo como procedimento em contraditório, que possui matriz no dever de máxima cooperação.<sup>125</sup>

O princípio do contraditório, agora renovado, deixa de ser apenas uma garantia de resposta, passando a ser visto como um direito de influência e dever de debate. Firme nessas ideias, analisar-se-á a seguir a relação princípio do contraditório com o juiz, rememorando ser o enfoque centrado no processo de conhecimento.

---

<sup>125</sup> No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira afirma que se trata de “extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, etc.) devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 270.

#### 4 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O JUIZ

Para cumprir o papel constitucional destinado ao contraditório, é indispensável que as partes do processo possam pedir, alegar e provar, conforme exposto no tópico 3.1. Cuidam-se de típicos atos de reação aos atos desfavoráveis, sejam eles provenientes da parte contrária ou do juiz. Todavia, para que o princípio seja efetiva e plenamente aplicado, é ainda necessário algo além do franqueamento às partes o conhecimento do ato e a possibilidade de reação: a fundamentação do juiz sentenciante seria a última manifestação do princípio do contraditório no processo de conhecimento.

Constitui exigência do Estado Constitucional Democrático vigente a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo. A finalidade não é outra senão evitar a decisão surpresa no processo e preservar a justa solução do caso concreto.

Para que essa exigência se efetive, surge para o magistrado um dever de consulta prévia, pela qual serão perquiridas todas as razões levantadas pelas partes para solução da controvérsia. Explica Cândido Rangel Dinamarco: “o que legitima os atos de poder não é a mera e formal observância aos procedimentos, mas a participação que, mediante o correto cumprimento das normas processuais, tenha sido possível aos destinatários. Melhor falar, portanto, em legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal”.<sup>126</sup>

De modo semelhante como identificado no comportamento das partes no processo – que atuam conjugando os verbos pedir, alegar e provar – Cândido Rangel Dinamarco<sup>127</sup> sustenta que

---

<sup>126</sup> DINAMARCO, *Instituições*, op. cit., p. 518.

<sup>127</sup> Idem., *Fundamentos*, op. cit., p. 523.

a garantia constitucional do contraditório impõe ao juiz a prática de três tipos de atos: atos de direção, atos de prova e atos de diálogo.

Tal constatação encontra-se em harmonia com o ordenamento jurídico processual. A direção do processo é extraída da regra constante no artigo 2º do CPC, que ao veicular o princípio da demanda, já examinado, ainda esclarece aplicação do referido princípio é restrita ao ajuizamento da ação, pois, uma vez instaurado o processo, haverá o impulso oficial para o seu andamento.

O impulso oficial pode ser entendido como a tarefa conferida ao magistrado de dar andamento ao procedimento, ou seja, o poder de direção do trâmite processual até a sentença. Embora as partes – autora e ré – sejam as maiores interessadas na solução do litígio, porquanto disputam o bem da vida posto em juízo, a atividade do órgão jurisdicional deve atender aos princípios inerentes aos serviços públicos em geral, constantes inicialmente no artigo 37 da Constituição da República. Não se esquecendo de que o processo é o instrumento público de exercício da jurisdição, típica função pública, deve o Estado-juiz atuar ativamente, sem relegar ou condicionar o seu agir ao comportamento das partes.

É fundamental o esclarecimento da distinção prática entre iniciativa e impulso oficial. Enquanto na iniciativa de acionar o Poder Judiciário para que dê uma solução à lide o juiz mantém-se absolutamente inerte, uma vez ajuizada a ação o magistrado deve, com apurada técnica, conduzir o processo até o seu destino final, nos termos ora tratados, a sentença.

Ao longo do processo, o juiz é chamado a resolver questões, que podem ser entendidos como pontos controvertidos de fato ou de direito. Normalmente, as questões são independentes umas das outras, podendo ser resolvidas em qualquer ordem. Há situações, todavia, em que as situações a serem resolvidas possuem relação de antecedência, exigindo que uma seja resolvida



antes da outra. A tais se denominam questões prévias, gênero que possui duas espécies: questões preliminares e questões prejudiciais.

A questão preliminar é aquela cuja solução pode impedir o exame da questão posterior, chamada de questão principal. Dependendo do modo pelo qual a questão preliminar é resolvida, ela pode impedir o exame do mérito. Um exemplo simples ilustra o conceito: para saber em qual espécie de contrato o testamento pode ser classificado, é preciso antes saber se o testamento é um contrato. Assim, a espécie de contrato é uma questão principal, sendo a verificação sobre ser ou não o testamento um contrato uma questão preliminar. Ainda, em exemplo do campo processual, tem-se que as condições da ação são questões preliminares.<sup>128</sup>

A questão prejudicial é aquela cuja solução influi na solução da questão posterior, chamada de questão prejudicada. Existem duas questões, sendo uma prévia a outra, mas, ao contrário do que ocorre na questão preliminar, seja qual for a solução dada à questão prévia, a questão posterior deverá ser examinada. A solução dessa questão prévia, todavia, terá influência sobre a questão posterior ou prejudicada. Mais um exemplo simples ilustra o conceito: Marcos vai a juízo contra Mateus e pede a condenação deste em alimentos. Mateus contesta o pedido, afirmando que não pagará alimentos porque não é pai de Marcos. A questão principal é saber se Marcos é ou não credor dos alimentos. A questão prévia é saber se Mateus é ou não o pai de Marcos. Se for o pai, haverá julgamento procedente. Se não for o pai, haverá julgamento improcedente. A solução da questão da paternidade é prejudicial. A questão de alimentos é questão prejudicada.<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> É preciso atentar para a distinção entre preliminares ao mérito e preliminares de mérito. Preliminar ao mérito está fora do mérito, antes dele, e dependendo do modo como será resolvida, impedirá o exame do mérito. Preliminar de mérito está dentro do mérito; é questão de mérito, mas que antecede outra questão de mérito a ser resolvida. Exemplo: em ação de descumprimento de contrato, o réu contesta alegando prescrição e novação. Ambas são questões de mérito, mas o juiz é obrigado a examinar primeiro a prescrição. Por isso, diz-se que a prescrição é uma questão preliminar de mérito.

<sup>129</sup> Com exemplo da seara criminal, Francesco Carnelutti também faz a distinção: “réu denunciado por furto. Em

Além das questões prévias, que podem ser decididas em qualquer fase do processo, o procedimento comum previsto no Parte Especial, Livro I, Título I do Código de Processo Civil trata das providências preliminares, que podem ser entendidas como as três primeiras atitudes que o juiz pode tomar no processo, após o prazo de resposta, independentemente desta ter sido apresentada ou não.<sup>130</sup>

A primeira providência preliminar ocorre quando a parte ré é revel e são aplicados os efeitos da revelia, sendo o caso de julgamento antecipado da lide, conforme previsão do artigo 355, II do CPC. Não sendo os fatos presumidos como verdadeiros, o magistrado atua conforme previsão expressa do artigo 348 do CPC, devendo determinar que a parte autora especifique as provas que pretende produzir no prazo de cinco dias.

A segunda providência preliminar é a réplica, oportunidade de defesa aberta à parte autora sempre que a parte ré alegar em sua contestação defesa de mérito indireta ou defesa processual<sup>131</sup>, hipóteses de novidade ao processo ou de alegação de fato novo impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O julgamento conforme o estado do processo é a fase processual que ocorre após a fase das providências preliminares, ainda que nenhuma delas tenha sido necessária, na qual o juiz atuará de quatro possíveis modos: 1 – pela extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos dos artigos 354 e 485 do CPC; 2 – pela extinção do processo com resolução do mérito,

---

sua defesa, o réu alega que a coisa alheia lhe pertence. A questão principal é saber se ele praticou o furto. A questão prévia é saber se a coisa pertence ou não ao réu. Se for do réu, haverá julgamento absolutório; se não for dele a coisa, haverá julgamento condenatório. A questão de a quem pertence a coisa é prejudicial. A da prática do furto é questão prejudicada”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, p. 354.

<sup>130</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016. Artigo 347 do CPC: “Findo o prazo para a contestação, o juiz tomará, conforme o caso, as providências preliminares constantes das seções deste Capítulo”.

<sup>131</sup> A defesa de mérito indireta, prevista no artigo 350 do CPC, é aquela em que a parte ré, reconhecendo o fato em que se fundou a ação, opõe à parte ré outro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora. A defesa de mérito processual, prevista no artigo 351 do CPC, é aquele em que a parte ré alega qualquer das matérias constantes no artigo 337 do CPC.

nos termos dos artigos 354 e 487, II a V do CPC; 3 – pelo julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 355 do CPC; ou 4 – por uma decisão saneadora, na qual é determinado o prosseguimento da demanda para a fase probatória. Em cada caso concreto deverá o magistrado verificar qual o caminho adequado, vedada a discricionariedade nessa escolha, uma vez que apenas um dos quatro caminhos será adequado.

As posturas do juiz nos modos 1 a 3 acima apresentados levam o processo à sua extinção. O saneamento do processo, realizado no modo 4, é uma fase processual complexa, com várias atividades do juiz e das partes, na qual o processo é preparado para a fase probatória e decisória. De acordo com o artigo 357 do CPC, o saneamento pode ocorrer em audiência ou em decisão. A audiência preliminar é a regra, somente sendo dispensada quando o direito em litígio não admitir transação ou quando as circunstâncias evidenciarem ser improvável a sua obtenção. As finalidades da audiência preliminar são a de promover a conciliação entre as partes e, não sendo esta obtida, realizar o saneamento do processo e organizar a instrução probatória.

O saneamento é, pois, uma decisão interlocutória declaratória de inexistência de vícios que impeçam o julgamento do mérito. Esse ato é importante porque demonstra a verificação do magistrado de que não há causas de extinção do processo sem resolução do mérito, abrindo as portas para o exame do mérito, a depender apenas da colheita de mais provas. A descrição do procedimento sumário até esta fase processual foi apresentada para demonstrar como são constantes e intensos os atos de direção do processo praticados pelo juiz. Não obtida a conciliação, é seu dever fixar os pontos controvertidos, para delimitar o objeto da prova, evitando a produção de provas inúteis; determinar as provas que serão produzidas; e designar a audiência de instrução e julgamento, em caso de necessidade de produção de prova oral.

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco<sup>132</sup> afirma que:

---

<sup>132</sup> DINAMARCO, *Fundamentos*, op. cit., p. 525.

Por isso, em princípio as omissões dos litigantes não devem conduzir à paralisação do processo, sendo dever do juiz encaminhá-lo adiante segundo as regras do procedimento, para com isso poder realizar os objetivos da função jurisdicional, mediante a prática do ato final desejável (sentença de mérito na fase de conhecimento, entrega do bem na execução forçada). A regra do impulso oficial, como desdobramento da participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz, quer que ele determine ou realize os atos necessários independentemente de requerimento das partes. Só em casos extraordinários, que a lei indica, a omissão das partes conduz à paralisação ou mesmo à extinção do processo.

O segundo ato do juiz no curso do processo é o de iniciativa probatória, que somente foi admitido na história recente da ciência processual. Conforme visto, o princípio dispositivo foi aplicado de forma absoluta até a metade do Século XX, firmado na crença de que a imparcialidade do julgamento somente seria garantida se o magistrado se mantivesse apenas como destinatário da prova.

A partir do advento da visão solidarista do processo, pela qual ele é visto como típica função pública manifesta no instrumento público de exercício da jurisdição é que se passou a exigir do juiz a investidura em um papel probatório mais ativo, não se olvidando haver nesse atuar limites.

Após a propositura da demanda e fixada a causa de pedir, que permite à parte ré o pleno exercício do contraditório inicial, o magistrado deste tempo deve controlar o processo, inclusive assumindo os meios probatórios nos limites objetivos traçados pela causa. Conforme observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>133</sup>, após o ajuizamento da ação, já dentro do processo, as iniciativas de cunho probatório devem ser escolhidas não em razão das partes, mas à vista da técnica própria do instrumento processual, na medida em que sejam mais adequadas para a solução da lide.

---

<sup>133</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*. n. 71. São Paulo: RT, 1994, p. 118.

As partes não possuem o monopólio da instrução processual, ainda que disponível o bem da vida em discussão. A prova é um instrumento com que o Estado pratica a subsunção, ato de interesse público inafastável. José Roberto dos Santos Bedaque<sup>134</sup> afirma que ao se conceder ao juiz poderes instrutórios subtrai-se das partes o poder de direção formal do processo, passando elas à condição de colaboradoras do órgão judicial.

Certo é que o poder de iniciativa probatória do juiz possui limites, sobretudo por não ser ele o titular do direito invocado e disputado pelas partes. Sua atuação é de aperfeiçoamento da produção da prova, jamais de substituto do autor ou do réu omissos. A novel garantia do contraditório que passa a ser exigida do magistrado requer o repúdio à indiferença diante da necessidade de ser realizada alguma prova que as partes não requereram, a fim de que a o valor justiça seja efetivamente alcançado.

A iniciativa probatória oficial não viola os poderes, deveres e responsabilidades do juiz, expressamente dispostos nos artigos 139 a 143 do CPC, ao contrário, vem no sentido de assegurar o que o referido diploma estabelece. Garantir a livre disponibilidade de provas pelas partes não basta para que seja assegurada a isonomia entre elas, que se torna ainda mais sensível quando há em um dos polos deficiência técnica.

Diante do despreparo técnico do advogado, por exemplo, o magistrado não pode ignorar tal circunstância, julgando a causa como se não tivesse percebido que a parte não produziu a prova do fato constitutivo do seu direito; não pode, por outro lado, assumir o papel de patrono da parte, determinando a produção de uma prova que não serve diretamente ao seu convencimento.

---

<sup>134</sup> BEDAQUE, op. cit., p. 89.

A desejada aplicação dos poderes instrutórios de ofício é aquela que possui como limite o esclarecimento da verdade. Agindo assim, o magistrado não excede em sua competência, tampouco fere o princípio da imparcialidade. Os poderes instrutórios oficiais são um instrumento de efetivação do princípio da igualdade, na medida em que suprem eventual deficiência técnica de uma das partes, e ainda uma ferramenta vital na busca pela verdade dos fatos.<sup>135</sup>

Ao contrário do pensamento privatista do direito, inerente ao Estado Liberal, a participação mais ativa do julgador na produção das provas contribui de maneira essencial para o equilíbrio das partes no processo. Nessa tarefa, a observância do princípio do contraditório constitui um imperativo. Em termos práticos, aplicar o contraditório na fase instrutória requer do magistrado o afastamento da cômoda regra de distribuição do ônus da prova contida no artigo 373 do CPC, que somente deve ser utilizada para o momento da prolação da sentença. No curso do processo, ele não se socorrer imediatamente dessas regras, mas sim, determinar a realização de ofício da prova, a fim de que seja esclarecido o ponto controvertido. Tal não se confunde, frise-se com a adoção de medidas meramente “assistencialistas”, com fulcro de delir, pelo processo, a desigualdade social ou econômica das partes.

Sobre o tema, oportunas são as considerações de José Carlos Barbosa Moreira<sup>136</sup>:

Não me parece que a nossa legislação processual deixe de ministrar ao juiz os instrumentos de que precisa para conduzir bem o processo, inclusive em matéria de instrução probatória do juiz como algo que se realize em substituição àquilo que outrem deveria realizar. Não; ao juiz incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto será dentro da sua função precípua. Ele não está fazendo as vezes

---

<sup>135</sup> Nesse sentido é o pensamento de Luciana Amicucci Campanelli: “Os poderes instrutórios oficiais utilizados para a apuração da verdade dos fatos e a compreensão do ocorrido não são excludentes e nem concorrentes da atividade probatória das partes, pois o ônus probante é incumbência delas. Tampouco são complementares, na medida em que o julgador não colabora com os litigantes, mas busca autonomamente a verdade processual para a solução da demanda, verdade esta obtida pelo entendimento global da situação objeto do conflito, e não parcial, como ocorre com os litigantes”. CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo: Juarez De Oliveira, 2006. p. 91-92.

<sup>136</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. *Revista de Processo*. n. 35. São Paulo: RT, 1984, p. 179-180.

de ninguém quando procura inteirar-se melhor dos acontecimentos que deram origem ao litígio – é claro, respeitados os limites que lhe são postos pelo pedido do autor e pela sua respectiva causa. Peco licença para sublinhar que isso nada compromete a imparcialidade do juiz. Quando o juiz determina a realização de uma prova, ele simplesmente não sabe que resultado vai obter; essa prova tanto poderá beneficiar uma das partes como a outra; e até diria – se considerarmos que essa atitude do juiz implica parcialidade – que a omissão em determinar a prova também implicará parcialidade, porque se a prova não for feita, dessa falta de prova igualmente resultará benefício para alguém, de modo que estaríamos colocando o juiz na desconfortalíssima posição de ter de ser sempre parcial, que atue, que não atue. Eu prefiro ser parcial atuando, a ser parcial omitindo-me.

#### **4.1 O contraditório, o juiz e o Novo CPC**

O Novo Código de Processo Civil, quando comparado ao diploma anterior, rompe frontalmente com a estrutura organizacional e metodológica dos institutos processuais. Desde o início, ao apresentar o Código dividido em apenas duas grandes partes, denominadas parte geral e parte especial, quer o novo código servir como elemento legislativo fomentador de um processo mais célere e mais justo, porque mais rente às necessidades sociais, sendo, ainda, muito menos complexo.

A simplificação do sistema, além de proporcionar coesão, permite ao juiz centrar a sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. Há, logo no início do código, uma categoria nova. O primeiro Livro é denominado “Das normas processuais civis”, e tem com Título Único “Das normas fundamentais e da aplicação das normas processuais”, em texto com doze artigos, que não exaurem, entretanto, as normas fundamentais processuais. O rol não é exaustivo *clausus*, mas aberto *apertus*, de onde se pode inferir a existência de normas fundamentais que não estão nos doze primeiros artigos, mas espalhadas ao longo do NCPC e na Constituição da República.

O rótulo “normas fundamentais” não foi dado por acaso. Os doze primeiros artigos consagram regras e princípios. As normas fundamentais processuais podem ser princípios ou regras. Nem toda norma fundamental é um princípio. Há normas fundamentais que são regras, a exemplo da regra de determina que todas as decisões judiciais deverão ser motivadas.

O novo Código de Processo Civil inaugura o seu texto consagrando a influência direta da Constituição da República nas normas processuais. É a redação do artigo 1º do CPC: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.<sup>137</sup>

A adequação do texto da lei infraconstitucional não pretende ser apenas uma norma programática. Consagrando-se o entendimento de que a Constituição possui princípios e normas relacionadas ao exercício da jurisdição e, desse modo, ao desenvolvimento do processo judicial, parte da doutrina sinaliza a possibilidade de mudança na recorribilidade em caso de descumprimento da norma processual infraconstitucional.

De acordo com inovador entendimento doutrinário, o artigo em análise visa deixar claro uma obviedade: as normas processuais devem estar em conformidade com a Constituição da República. Entretanto, caso, porventura, um juiz aplique uma norma contida no CPC de forma contrária ao texto constitucional, o recurso cabível será o recurso especial, com fundamento na violação da lei ordinária (NCPC) ou o recurso cabível será o extraordinário, com fundamento na violação da norma constitucional?

Diante do caso apresentado, defende-se a recorribilidade por recurso extraordinário, considerando ser o teor do artigo 1º uma cópia da norma constitucional. Uma lei que repete um

---

<sup>137</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 18.mai.2016.



texto constitucional não transforma a norma em legal, mas continua reverberando uma norma que é constitucional, não obstante sua previsão em texto infraconstitucional.

Constata-se, assim, a existência não apenas com caráter simbólico na repetição do texto constitucional pela norma infraconstitucional, pois, violada essa norma, a violação não será impugnada como se violadora de norma infraconstitucional, mas como violação frontal à Constituição da República.<sup>138</sup>

A seguir serão examinados três artigos classificados como normas fundamentais do processo civil, e que guardam relação com a atuação do juiz frente ao princípio do contraditório.

#### **4.1.1 – Dever de zelar pelo efetivo contraditório**

Dispõe o artigo 7º do CPC<sup>139</sup> que: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Até a palavra “processuais”, o texto veicula o princípio da igualdade processual. Assegura a paridade de tratamento dispensada às partes no exercício dos direitos, faculdades e

---

<sup>138</sup> Nesse sentido é a opinião do Professor Fredie Didier Júnior, que aponta ser o artigo 3º, do CPC é outro exemplo de repetição de texto constitucional. De acordo com o seu entendimento, se, porventura, alguém violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição nele veiculado, estará violando diretamente a Constituição, porque o artigo 3º é uma simples repetição da norma constitucional, atraindo o cabimento do recurso extraordinário como recurso adequado. DIDIER JR, Fredie. Curso de atualização sobre o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <[www.lfg.com.br](http://www.lfg.com.br)>. Acesso em 18.mai.2016.

<sup>139</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016.

deveres processuais, assim como aos meios de defesa. É preservada a base da teoria criada por Elio Fazzalari, exposta no capítulo 2.

A paridade de armas e de tratamento isonômico entre as partes é essencial à garantia do contraditório, confirmando a dimensão formal do princípio. A norma fundamental é conjugada ao artigo 139, I do CPC, que impõe ao juiz o dever de conduzir o processo judicial assegurando às partes a igualdade de tratamento.

O trecho final do artigo 7º do CPC, porém, inaugura ao magistrado um ônus processual: a competência de zelar pelo efetivo contraditório.

Surge uma norma fundamental nova, que impõe ao juiz o dever de zelar pelo efetivo contraditório. Isso significa que a completa realização do princípio do contraditório exige a igualdade real entre as partes, para que as reações possam efetivamente igualar suas situações no processo. Mas vai além. Para que seja substancialmente respeitado, a possibilidade de reação das partes no caso concreto deve ser apta a efetivamente influenciar o magistrado no momento da formação do seu convencimento.

Temendo ser a referida norma uma cláusula geral aberta, parte da doutrina alertam para a indevida atuação dos julgadores que, a pretexto de zelarem pelo efetivo contraditório, passarem a deixar de serem parciais.<sup>140</sup>

Hipótese de ocorrência desse dever de zelar pelo efetivo contraditório é a possibilidade de o juiz dilatar os prazos processuais, de acordo com a expressa permissão do artigo 139, VI,

---

<sup>140</sup> Fredie Didier Júnior exemplifica: é possível fazer, em prol desse dispositivo, o juiz nomear um curador especial para os casos atípicos em que eles se revelem necessários. Exemplo: caso em que parte foi à audiência, mas o seu advogado não compareceu. O juiz pode nomear um defensor público ou dativo para evitar a situação de fragilidade da parte cujo advogado está ausente. O juiz não pode, todavia, com fundamento no artigo 7º, destituir um advogado que ele (juiz) repete fraco, com o pretexto de zelar pelo contraditório da parte. DIDIER JR, Fredie. Curso de atualização sobre o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em 13.abr.2016.

do CPC<sup>141</sup>. A finalidade da ampliação é a garantia do efetivo contraditório. Se, por exemplo, a parte autora junta uma quantidade excessiva de documentos ao distribuir a petição inicial, o prazo de quinze dias para o réu se defender é absolutamente insignificante. A permissão de dilação de prazo prevista no artigo 139, VI, do CPC, conjugada com o artigo 7º do CPC garante ao réu a plenitude de defesa, cumprindo o juiz, ao assim proceder, com o dever de zelar pelo efetivo contraditório.

Deve-se atentar, porém, que a permissão de aumento de prazo para manifestação das partes não pode ser deferida após o término do prazo. A dilação deve sempre ser feita antes do início da fluência do prazo. É, pois, vedado ao juiz superar a preclusão dilatando o prazo, conclusão a que chegou o Enunciado 129 do Fórum Permanente de Processualistas Civis<sup>142</sup>.

#### **4.1.2 – O princípio do contraditório na decisão judicial**

Outra norma fundamental diretamente ligada ao juiz e sua submissão ao princípio do contraditório, encontra-se no artigo 9º do CPC, que nele consagra o próprio princípio em comento: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

---

<sup>141</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016. Artigo 139: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

<sup>142</sup> Enunciado 129, FPPC – (art. 139, VI, e parágrafo único) A autorização legal para ampliação de prazos pelo juiz não se presta a afastar preclusão temporal já consumada. (Grupo: Negócios Processuais). Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>>. Acesso em 24.jun.2016.

Inicialmente, é importante perceber que a oitiva prévia é obrigatória quando a decisão for tomada contra uma das partes, sem que esta seja ouvida, de onde se conclui, *a contrario sensu*, que é possível haver uma decisão a favor de uma parte sem que esta seja ouvida. É o caso das decisões de improcedência liminar, prevista no artigo 322 do CPC<sup>143</sup>, nas quais o juiz julga em favor do réu sem ouvi-lo.

Em casos tais, a garantia do contraditório é conferida ao autor, presumidamente considerado ouvido por meio da petição inicial; o réu, por sua vez, é protegido mesmo quando não foi ouvido, uma vez que a decisão lhe favorece. Se o juiz fundamentar sua decisão com base em argumento que não foi levantado pelo autor, a sentença desafiará o recurso de apelação que permite a retratação, uma vez que não houve exame do mérito, nos exatos contornos dados pelos parágrafos 3º e 4º do citado artigo.

Ultrapassada a ideia de a aplicação do princípio do contraditório na decisão judicial não é absoluta, deve-se atentar ao fato de não haver qualquer ofensa em decidir sem que a outra parte tenha sido ouvida, já que a manifestação dela é um ônus processual. A única compreensão possível do dispositivo legal é de que a decisão não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma oportunidade de manifestação. Afinal, a circunstância de poder

---

<sup>143</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 18.mai.2016. Artigo 322: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241.

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias”.

ser ouvida, que não se confunde com efetivamente ser ouvida, já é o suficiente para se respeitar o princípio do contraditório.<sup>144</sup>

O parágrafo único do artigo 9º do CPC também dispensa a oitiva das partes nos casos em que for proferida contra elas uma decisão provisória. Por decisão provisória deve-se entender toda aquela que puder ser revista após a sua prolação. Nessa ordem de ideias, verifica-se que apenas decisões definitivas não podem ser tomadas sem a oitiva das partes. Os exemplos dessas decisões provisórias estão nos incisos I a III do parágrafo único, casos em que o contraditório é diferido, porquanto sua aplicação ocorrerá em momento posterior à decisão proferida.

#### **4.1.3 O princípio do contraditório e as questões cognoscíveis de ofício**

Por questões cognoscíveis de ofício, também denominadas de questões de ordem pública, deve-se entender aquelas que, a princípio, podem ser conhecidas pelo magistrado independentemente de provocação das partes. A previsão normativa de tais questões é o artigo 168, parágrafo único do Código Civil, que ao tratar do tema nulidades, permite que elas sejam pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Cumprir verificar, nesse ponto, como é possível conjugar a permissão de conhecimento oficioso de uma questão no processo com a preservação do princípio do contraditório. Em primeiro lugar, é preciso atentar que o conhecimento de ofício de uma questão de ordem pública

---

<sup>144</sup> Nesse sentido: NEVES, op. cit., p. 117.

somente tem lugar até o fim de toda a fase instrutória e das alegações finais das partes, ou seja, no momento da prolação da sentença.

Como forma de proteção ao princípio do contraditório e de vedação à surpresa aos litigantes, as questões de ordem pública podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, ou seja, podem ser acolhidas mesmo quando não suscitadas pelas partes, o que não significa dizer que sobre tais questões de fato ou de direito não deverá ser oportunizado o debate às partes.<sup>145</sup>

Ao magistrado é autorizado decidir com base em argumento não colocado pelas partes, a exemplo dos casos em que reconhece, de ofício, inconstitucionalidade de uma lei, não tendo as partes levantado tal controvérsia. Todavia, o conhecimento de ofício dessa inconstitucionalidade não poderá ser declarado na sentença sem antes ser franqueada às partes a possibilidade de manifestação sob o tema, sob pena de quebra do dever de lealdade e ofensa ao princípio do contraditório, visto nesse ponto como o dever de cooperação do julgador.

Mesmo quando a matéria objeto de julgamento for considerada de cognição oficiosa, condena-se o ato-surpresa, sendo necessário ao julgador ouvir as partes antes de proferir seu julgamento, pena de infringência da garantia do contraditório.<sup>146</sup>

Apesar da criação técnica doutrinária acerca da extensão do conceito do princípio do contraditório e da previsão legal no direito estrangeiro sobre o dever de o juiz ouvir as partes antes de julgar questões de ofício, o sistema legal brasileiro ainda não possuía norma explícita acerca da necessidade de o magistrado debater previamente questões de fato e de direito sobre as quais poderia emitir pronunciamento de forma oficiosa. Não havia na lei a ressalva expressa quanto à necessidade de oitiva prévia dos sujeitos processuais em casos tais, apesar de a interpretação constitucional das normas processuais civis trilhar nesse sentido.

---

<sup>145</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo*. op. cit., p. 176.

<sup>146</sup> Nesse sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O juiz*. op. cit., p. 176.

Havia doutrina, porém, que relativizadora a necessidade indelével do contraditório, dentre os quais encontra-se Francesco Carnelutti, para quem a falta do contraditório “não prejudica em todos os casos o escopo do processo; o contraditório é um instrumento útil do processo, quando existem razões para contradizer, não as havendo, é um obstáculo”.<sup>147</sup>

Cumprido neste ponto o enfrentamento da seguinte sensível questão: existiriam situações em que a aplicação da regra constante no artigo 168, parágrafo único do CPC prevaleceria, ou, em outras palavras, há casos nos quais a aplicação do princípio do contraditório é dispensável? A resposta é afirmativa, conquanto aplicável apenas em casos-limite.

É possível o acolhimento de uma tese não ventilada pelas partes quando tal for utilizada para fundamentar a sentença de improcedência da ação. Nesse caso, é plenamente respeitado o princípio da correlação entre a petição inicial e a sentença, com a ressalva de que tal comportamento deve ser reservado para situações excepcionais, sendo sempre preferível o debate de todas as questões, conforme considerações já realizadas.

Quando um fato não constante na causa de pedir é adotado como fundamento da improcedência da ação não há violação ao princípio do contraditório, pois, nesse caso, fora garantido à parte ré a possibilidade de exercício da defesa plena. Entretanto, quando um fato não constante na causa de pedir é adotado como fundamento da procedência da ação, ocorre nítida violação ao artigo 141 do CPC, que veda ao juiz o conhecimento de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Embora as questões de ordem pública possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, é vedada a ampliação da causa de pedir de ofício, fenômeno que ocorre quando quando o juiz

---

<sup>147</sup> CARNELUTTI, Francesco. apud PICARDI, op. cit., p139. No mesmo texto, encontra-se o pensamento de Emilio Betti: “a falta efetiva de contraditório não se coloca em contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei, através de uma decisão justa, pode ser obtida também sem a cooperação das partes”.

acolhe tais questões no fundamento de procedência de sua sentença. Exemplo fornecido por José Roberto dos Santos Bedaque<sup>148</sup> esclarece a distinção: é possível a rejeição de pedido fundado em contrato, se o juiz verificar a incapacidade absoluta de um dos contratantes, ainda que tal incapacidade não tenha sido invocada pela parte ré. Impossível, porém, a declaração de nulidade desse mesmo contrato com contratante incapaz, se o pedido da parte autora é de anulabilidade por vício de vontade. Em assim procedendo, o julgamento é nulo porque extra petita, violando o princípio da congruência. O risco para a ampla defesa é evidente.

Conclui-se que o conhecimento de ofício das questões de ordem pública que afetarão o desfecho da demanda somente podem ser admitidos nos casos de improcedência da ação, a fim de que não seja violada a regra da congruência e ainda, sempre que possível, submetida a matéria ao contraditório.

O endereçamento da garantia constitucional ao contraditório, tal qual defendido no presente trabalho, que não é outra senão a de mandamento a ser cumprido pelo julgador, como parte de sua função no processo, também é encontrado nos códigos de processo civil alemão, francês e português.<sup>149</sup>

Agora, no Brasil, o Novo Código de Processo Civil passa a dispor expressamente sobre a necessidade de observância do princípio do contraditório, evitando-se que as partes sejam

---

<sup>148</sup> BEDAQUE, op. cit., p. 110.

<sup>149</sup> Vejamos a transcrição traduzida do art. 16 do CPC Francês: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório. Não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações”. FRANÇA. Code de procédure civile. Modifié par Décret 81-500 1981-05-12 art. 6 JORF 14 mai 1981. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do>>, acesso em 29.mai.2016. Já o CPC Português, em seu art. 3º, estabelece que: “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 manifestarem”. Por fim, a “überraschungsentscheidungen” (decisão surpresa) também está proibida pelo § 139 da ZPO alemã, que prevê regra ainda mais rica e interessante, vedando, também, ao juiz, fundar sua decisão sobre fatos que as partes tenham considerado irrelevantes. Nesse sentido é a observação feita por Tereza Arruda Alvim Wambier. Comentário sobre o lançamento da REPRO nº 186. Disponível em: <<http://www.rt.com.br/?sub=periodico.detalhe&id=7>>, acesso em 29.mai.2016.



surpreendidas na decisão da causa, que se trate de questões de fato, de direito ou de ordem pública. É o teor do artigo 10 do CPC<sup>150</sup>: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Por essa nova exigência do princípio do contraditório, surge um novo princípio-espécie, chamado por abalizada doutrina<sup>151</sup> de princípio da cooperação, que informa o dever do juiz de participar efetivamente do processo, envolvendo-se com as partes em debates e esclarecimentos sobre os fatos da causa, tendo como finalidade última garantir a máxima qualidade da prestação jurisdicional. O Código de Processo Civil expressamente dispõe sobre o princípio da cooperação no artigo 6º, ao prever que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”<sup>152</sup>.

Fredie Didier Júnior<sup>153</sup> informa que o novel princípio da cooperação possui três vertentes, que devem ser vistas como três deveres do juiz na condução do processo: a) o dever de esclarecimento, manifesto na atividade do juiz de requerer às partes as informações sobre suas alegações e pedidos, com o que se evita a ocorrência de nulidades e interpretação equivocada dos fatos; b) o dever de consulta, manifesto na exigência de consulta prévia pelo magistrado acerca das matérias que envolvem a causa, incluindo as questões de ordem pública; c) o dever de prevenção, manifesto no apontamento, pelo magistrado, de eventuais deficiências, a fim de que seja facultada a sua correção, com o que também se evita a ocorrência de nulidades e protege-se o direito material.

---

<sup>150</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 20.mai.2016.

<sup>151</sup> GRECO, op. cit., p. 545.

<sup>152</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 16.mai.2016.

<sup>153</sup> DIDIER JR, Fredie, op. cit., p. 56-58.

Desde a vigência do Código de 1973 já se defendia a ideia de que o princípio do contraditório garante às partes o direito de poder se manifestar sobre qualquer questão que seja relevante para a solução da causa, ainda que essa questão possa ser conhecida de ofício pelo julgador.

A inconstitucionalidade da lei, a incompetência absoluta, a decadência legal, etc., compõem o rol das questões que o juiz pode examinar de ofício. Inova o ordenamento jurídico processual brasileiro a prescrição contida no artigo 10 do CPC: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.<sup>154</sup>

Da regra extrai-se a impossibilidade de o julgador surpreender as partes com o teor de seu julgamento, consagrando o princípio da não surpresa, pelo qual somente podem ser proferidas decisões judiciais com base em fatos e fundamentos que foram submetidos ao crivo do contraditório.

Qualquer questão que seja levada em consideração pelo juiz na sua decisão tem que ser previamente submetida ao diálogo processual. Tal ideal, defendido há anos como uma garantia do contraditório, passa a ser uma garantia processual.

Se o juiz tem o dever de consultar (intimar) as partes a respeito de alguma questão que, prestes a servir como fundamento da decisão, ainda não foi debatida no processo, poderiam alguns argumentar que o juiz estaria realizando um pré-julgamento. O argumento, porém, demonstra a sua fragilidade diante de um simples exemplo: a assessora de uma Desembargadora, ao preparar um voto para relatoria, examina uma apelação, verificando ser o

---

<sup>154</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 18.mai.2016.

recurso intempestivo. O referido vício, porém, não foi apontado por qualquer das partes nem pelo magistrado *a quo*. A desembargadora, cumprindo o dever que lhe impõe o artigo 10 do CPC, intimou as partes para que se manifestassem sobre a intempestividade, momento no qual ambas disseram ser o recurso tempestivo, porque na localidade havia um feriado local.

A importância da oitiva prévia para evitar as decisões surpresa, já era percebida pela doutrina há anos como conteúdo mínimo do contraditório, tendo também sido consagrada na Lei de Execução Fiscal, que expressamente dispõe que o juiz pode conhecer de ofício da prescrição, mas antes de decidir com base na prescrição, deve ouvir a Fazenda Pública.<sup>155</sup> Agora, o contraditório efetivo, a partir do dever de consulta, é consagrado pelo artigo 10 do CPC.

---

<sup>155</sup> BRASIL. Lei 6.830 de 22 de Setembro de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm)>. Acesso em 18.mai.2016. Artigo 40: “O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. (...) § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)”.

## CONCLUSÃO

No paradigma do estado democrático de direito e do constitucionalismo pós-moderno, ou neoconstitucionalismo, o processo afigura-se como instrumento fundamental para promover a efetivação das garantias positivadas na Constituição em prol dos cidadãos, devendo desenvolver-se em consonância aos princípios constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, sétima na história do país desde sua independência, representou um avanço em relação às Constituições anteriores, pois incluiu em seu rol de inovações o direito ao contraditório, que pela primeira vez é expresso como direito individual extensivo ao processo civil e aos processos administrativos, conforme disposto no art.5º, inciso LV.

A previsão constitucional do princípio do contraditório como elemento integrante da categoria dos direitos fundamentais dos cidadãos, aplicável tanto ao processo penal quanto ao processo civil e ao processo administrativo, consagrou o direito de participação das partes na formação da convicção do julgador no Brasil.

Feito o estudo das principais teorias existentes sobre o processo, é possível atestar a existência de três elementos que, façam ou não parte da natureza jurídica do processo, nele estarão presentes. São eles: o procedimento; a relação jurídica processual; e o contraditório. Sendo o contraditório o último e mais recente elemento integrante do processo, passou-se à análise do princípio no processo de conhecimento.

A aceção mais atual acerca do princípio do contraditório enxerga-o como condição primordial para a legitimação do exercício da jurisdição. Inicialmente, a lei processual, com vistas à efetivação do contraditório, deve instituir meios para a participação dos litigantes no

processo e o juiz deve franquear-lhes o uso desses meios. Indo além, a efetivação desejada pelo princípio requer do próprio juiz o dever de participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. Assim, o contraditório passa a exigir um diálogo construtivo entre as partes e o juiz para a melhor instrução daquele que vai decidir. Daí advém o dever de colaboração no processo civil.

O princípio do contraditório no direito processual moderno, representa um instituto que vai além do que a simples ciência bilateral dos atos processuais unida à possibilidade de contestá-los, sendo indispensável enxergá-lo como uma garantia de efetiva participação das partes. Não basta a simples possibilidade de reagir, devendo ser perseguida a substancial ocorrência dessa reação.

Apresentadas as atuações de cada um dos sujeitos processuais diante da releitura da lei processual civil em face da Constituição, constata-se que as partes devem ter asseguradas o tanto quanto possível a sua participação e a capacidade de influir no convencimento e consequente decisão do julgador. O juiz, por sua vez, deve promover a chamada justiça distributiva, pela qual é conferida tratamento paritário aos sujeitos processuais, concedendo-lhes as mesmas oportunidades de participação.

Defende-se a aplicação prática do contraditório substancial, não bastando o mero debate das questões entre as partes do processo, mas sim o real exercício do direito de defesa, que se manifesta nas alegações bastantes e suficientes para construção do convencimento do magistrado. Nessa ordem de ideias, o contraditório deve incluir a manifestação sobre os fatos ocorridos e das razões de direito que são levadas ao juiz, a fim de que este possa decidir acerca de cada questão proposta.

A doutrina do formalismo-valorativo, que tem por escopo o estudo do fenômeno processual sob a ótica dos direitos fundamentais constitucionais. Ela identifica no princípio do

contraditório a base constitucional para a cooperação no processo, aplicando-a nas diversas fases do procedimento, tais como a fase de formação e estabilização, de organização retrospectiva e prospectiva, de decisão, de concretização da decisão e recursal, com o objetivo de estruturar um processo justo, condição para obtenção de uma decisão igualmente justa, valor inseparável do processo civil.

Observa-se que o princípio do contraditório emerge como essencial e indispensável para conferir validade e legitimidade aos julgamentos, em superação a situação outrora vivenciada pelos cidadãos que não podiam reagir, de forma efetiva, aos arroubos de autoritarismo, sobretudo por não terem acesso à essência e aos mecanismos das instâncias estatais.

O Novo Código de Processo Civil demonstra ter nascido coadunado ao pensamento jurídico de sua geração no que se refere ao desenvolvimento do conceito do contraditório. As normas legais expostas sobre o tema no Capítulo 3 representam a concretização das conquistas históricas da sociedade, que busca a efetiva implementação da democracia, da cidadania e da soberania popular.

A norma é consentânea ao direito de real influência das partes no convencimento e na redação do conteúdo das decisões judiciais, consagrando o princípio do contraditório em seu aspecto material, concebido como a garantia de efetiva influência e de controle das partes na elaboração do conteúdo da decisão judicial.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Marcelo Pereira. *Conflitos sociais judicializados: crítica sobre a legitimidade dos precedentes na resolução das demandas individuais de massa*. Tese (Doutorado) – Universidade Federal Fluminense. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito. Niterói, 2013.
- ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 14. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Direito Processo Civil*, v.I, 2. ed. São Paulo: Fabris, 1991.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. *Revista de Processo*. n. 35. São Paulo: RT, 1984.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- 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.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília. 6. ed. 1995.
- BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. Pádua: 1954.
- CALMOM DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. I. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da Norma Tributária*. 5. ed. São Paulo: Quartier latin, 2009.
- CHEIM JORGE, Flávio. Relação processual e contraditório nas diversas espécies de execução. *Revista de Processo*. v. 114, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, v.2, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 2001.

CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: EJE, 1957.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.3. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Execução civil*. v.1. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, giugno 1986, n. 2.

\_\_\_\_\_. *Il proceso ordinario di cognizione*. Turim: UTET, Ristampa, 1990.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual*. 8. ed.. Trad. Elaine Nassif. 1. ed.. Campinas: Bookseller, 2006.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense: 2004.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoria general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. I. 4. ed. São Paulo: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducion AL concimientto científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.

HABSCHEID, Walther J. *Introduzione al Diritto Processuale Civile Comparato*. Bologna: Maggioli, 1985.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório?. *Revista de Processo*. ano 5, n. 17, jan./mar. 1980.



LACERDA, Galeno. *Teoria geral do processo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 10. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1983.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. v. 1.

\_\_\_\_\_. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15. ed.; Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 12.ed. São Paulo: RT, 2010.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*. v. 19, n. 73, p. 7–14, jan./mar., 1994.

\_\_\_\_\_. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *História do direito processual brasileiro*. Barueri: Manole, 2002.

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

\_\_\_\_\_. Jurisdição e Processo (organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTO JUNIOR, Alexandre Moreira. A *causa petendi* e o contraditório. In: *Temas atuais de Direito Processual Civil*. v.12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PODETTI, J. Ramiro. *Teoría y técnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. 2. ed. São Paulo: RT, 1972.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SEGURADO, Milton Duarte. História resumida do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982. p. 28.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1.

\_\_\_\_\_; Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Princípio do Contraditório: tendências de mudança na sua aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas Gerais*. Pouso Alegre, 28: 177-206, jan./jun. 2009.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. ano 34, n. 168, fev. 2009.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VALENTIM, Oséias Faustino. *O Brasil e o Positivismo*. Rio de Janeiro: Publit, 2010.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.